

# **SOFT LAW E HARD LAW COMO CAMINHO PARA AFIRMAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E BRASILEIRA**

## **RESUMO**

O presente estudo visa analisar o papel dos instrumentos de direito internacional, especificamente *soft law* e *hard law*, na implementação do direito à proteção de dados nos ordenamentos jurídicos internos. A partir da análise da experiência internacional, o artigo busca investigar o papel destes instrumentos no cenário europeu e americano de modo a concluir que a falta de utilização desses mecanismos pelo ordenamento jurídico brasileiro pode ter contribuído para o atraso da efetivação de uma legislação própria sobre a proteção de dados.

**Palavras-chaves:** Direito Internacional. Direito Digital. Soft law. Hard Law. Lei Geral de Proteção de Dados.

## **ABSTRACT**

This study aims to analyze the importance of the international law instruments, specifically soft law and hard law, in the implementation of the right to data protection in national legal systems. Based on the analysis of international experience, the article seeks to investigate the importance of these instruments in the European and American scenarios the study finds that conclude that the lack of use of these instruments by the Brazilian legal system may have contributed to the delay in the implementation of legislation about the data protection.

**Keywords:** International Right. Cyber Law. Soft law. Hard law. General Data Protection Law.

## **SUMÁRIO**

1 Introdução. 2 Definição e efeitos da *soft law* e *hard law*. 3 Contexto internacional. 3.1 Europa. 3.2 Estados Unidos. 3.3 Contexto Brasileiro. 4 Hard Law e Soft Law como meios de afirmação do direito à proteção de dados. 5 Considerações finais. Referências Bibliográficas

## 1 INTRODUÇÃO

A importância dos dados na economia e nos ordenamentos jurídicos foi potencializada pela internet. Nos últimos anos, a preocupação tanto dos agentes governamentais, quanto das empresas e por fim, dos cidadãos com o tratamento de dados ganhou força e culminou na aprovação de diplomas jurídicos próprios para abordar o tema de maneira adequada e atualizada. Nesse contexto, em maio de 2018 entrou em vigor no Continente Europeu o Regulamento Geral de Proteção de Dados (“GDPR”, na sigla em inglês) implementado pela União Europeia e no mesmo ano, o Congresso Nacional brasileiro aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”), que aguarda sanção presidencial. Para o presente estudo, os conceitos de dados aqui abordado é aquele trazido pela LGPD.

A crescente atenção das autoridades com o assunto pode ser conferida em dados. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), 57% dos países contam com legislação específica de proteção de dados e 10% destes estão em fase de discussão de projetos – percentual que ainda inclui o Brasil até a sanção da nova Lei Geral de Proteção de Dados<sup>1</sup>. Dos 107 países com legislação vigente, 66 são economias em desenvolvimento, de modo que a entrada em vigor da norma brasileira de proteção de dados se dá com atraso em relação a diversos países.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar o papel dos institutos de *hard law* e *soft law* na consolidação do direito à proteção de dados no cenário internacional e a eventual influência destes elementos no processo brasileiro de aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados. Para tanto, serão traçados os caminhos de consolidação do direito à proteção de dados como direito autônomo no cenário internacional, especialmente na comunidade europeia, em comparação com o caso brasileiro.

A hipótese da pesquisa é a de que o processo internacional, que observou diplomas classificados como *soft law* e *hard law* durante sua formação, teve a consolidação do direito à proteção de dados acelerada justamente em razão da influência de elementos externos. Nesse sentido, a pesquisa observou que o histórico legislativo brasileiro de afirmação do direito à proteção de dados foi essencialmente interno e, conseqüentemente, mais lento quando comparado ao cenário externo.

Assim, o estudo é dividido em três partes, além desta introdução. Na primeira parte, serão definidos brevemente os conceitos de *soft law* e *hard law* e os seus respectivos efeitos,

---

<sup>1</sup> Organização das Nações Unidas (ONU). *Data Protection and Privacy Legislation Worldwide*. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Pages/DTL/STI\\_and ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx)>. Acesso em: 22 jul. 2018.

de modo a delimitar a relação de tais institutos com a questão da proteção de dados. Em seguida, serão traçados os cenários brasileiros e internacionais de afirmação do direito à proteção de dados como direito autônomo, buscando demonstrar a influência e necessidade do direito internacional em cada contexto. Por fim, terceiro capítulo pretende discutir comparativamente a importância dos institutos do *hard law* e *soft law* na afirmação efetiva do direito à proteção de dados.

## 2 DEFINIÇÃO E EFEITOS DO *SOFT LAW* E *HARD LAW*

Dentre os instrumentos de direito internacional que influenciam ou deveriam influenciar o ordenamento jurídico interno, destacam-se o *soft law* e o *hard law*. Nesse contexto, o *Soft Law* é definido como um instituto do direito internacional que corresponde ao processo de criação de um instrumento normativo, mas sem força de lei – porquanto não gera sanção –, capaz, no entanto, de produzir efeitos<sup>2</sup>.

O Professor Dr. Miguel Santos Neves conceitua o *soft law* como “um processo de produção de standards normativos, que têm como vocação a regulação de comportamentos sociais, sem caráter vinculativo e cujo incumprimento não estão associados a sanções jurídicas”.<sup>3</sup>

Desta forma, entende-se por *soft law* normas que são consideradas como recomendações, cujo teor levam a preceitos que incentivam determinadas condutas, sem, no entanto, estabelecerem uma obrigatoriedade ou sanção pelo seu descumprimento.<sup>4</sup>

Entretanto, faz-se imperioso destacar que não há um conceito único para o termo “*soft law*” e que para os fins do presente estudo, abordaremos apenas as características fundamentais do instituto.

Para Shelton<sup>5</sup>, o termo *soft law* se refere a qualquer instrumento internacional, além dos tratados, que contenham princípios, normas, padrões ou outras declarações de comportamento esperado. Sob esse ponto de vista, orientações internacionais, sem a força

---

2 NEVES, M. S. *Soft Law*. In: NASSER, S. H. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 251. ISBN 8522445265.

3 *Idem*, p. 251.

4 BORGES, D. M. *A Declaração Universal dos Direitos dos Animais: sua aplicação enquanto Soft Law e Hard Law*. 2015. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos). Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2015. p. 35. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/18719/1/DANIEL%20MOURA%20BORGES.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

5 SHELTON, D. *International Law and Relative Normativity*. In: EVANS, M. *International Law*. Oxford University Press, 2010. p. 160.

vinculativa de tratados, possuem o condão de influenciar nas instituições de direito interno, conforme veremos adiante.

Adotando os critérios de Shelton, podemos aferir como características do *soft law*<sup>6</sup>: (i) ser juridicamente não vinculativa; (ii) consistente, em geral, em normas ou princípios e não regras; (iii) norma não imediatamente aplicável por meio de mecanismos de resolução de conflitos; (iv) não estabelecimento de regras obrigatórias e; (v) apontado como um primeiro passo no processo legislativo internacional.

Nesse sentido, a autora conclui que “a utilização de instrumentos de *soft law* como recomendações, códigos de prática ou normas, é importante para indicar a constituição de diretrizes que tenham o potencial de posteriormente transformarem-se em regras juridicamente vinculativas”<sup>7</sup>.

A despeito da discussão doutrinária existente sobre a aplicabilidade e vinculação das normas de direito internacional no direito interno<sup>8</sup>, o conceito de *soft law* surge justamente como um elemento de influência externa não positivado.

Sobre o processo de formação do *soft law*, aponta Portela:

A formação do *soft law* ocorre por meio de negociações entre os sujeitos de Direito Internacional ou dentro de órgãos técnicos das organizações internacionais. A elaboração de suas regras caracteriza-se por ser mais rápida, sem as dificuldades inerentes a esforços de articulação prolongados e perpassados por inúmeras questões políticas. Além disso, os preceitos de *soft law*, em regra, incorporam melhor as peculiaridades técnicas referentes às questões reguladas, o que nem sempre é possível nos tratados, pelas dificuldades normais encontradas nas negociações internacionais<sup>9</sup>.

Por sua vez, o *hard law*<sup>10</sup> é definido como a norma de direito externo que estabelece regras vinculativas na seara do direito interno, como tratados e acordos. Assim, têm-se por *hard law* as normas cuja obrigatoriedade jurídica possibilitam a aplicabilidade de sanções

---

6 CIHANGIR, N. *The Role of Soft Law and The Interplay Between Soft Law and Hard Law in the Context of International Human Rights*. Law & Justice Review. Ed. 14. 2017. p. 204.

7 *Idem*. p. 204.

8 A esse respeito, cabe lembrar a discussão existente no âmbito do direito internacional entre dualistas, para quem as normas de Direito Internacional depende de positivação interna para ganharem validade no cenário jurídico nacional, e os monistas, que enxergam a existência de um sistema jurídico único, onde as normas internacionais possuem aplicabilidade independentemente de positivação. Vide: SOARES, C. O. *Os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal*.

9 PORTELA, P. H. G. *Direito Internacional Público e Privado*. 10ª ed. rev. São Paulo: Ed. JusPodium. 2018. p. 205.

10 *Idem*. p. 205.

jurídicas por intermédio de tribunais internacionais ou até mesmo órgãos internos judiciais daqueles países signatários.<sup>11</sup>

O referido instituto é consagrado na forma do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça<sup>12</sup>, do qual o Brasil é signatário. Portanto, os dois institutos, *soft law* e *hard law*, trilharam caminhos distintos quanto aos efeitos jurídicos.

Além disso, o local e a natureza jurídica do *hard law* e *soft law* no ordenamento jurídico são objeto de divergências doutrinárias ao longo da história. A escola positivista tende a negar o próprio conceito de “*soft law*”, uma vez que a norma (*law*), por definição, teria caráter obrigatório<sup>13</sup> - requisito não preenchido pelo *soft law*. Nos estudos das relações internacionais, a escola institucionalista considera a importância dos compromissos adotados pelos Estados e que o não cumprimento desses compromissos representam maiores custos a sua reputação<sup>14</sup>.

Por sua vez, ainda no âmbito das relações internacionais, os teóricos construtivistas consideram que a eficácia da lei em fase de implementação se sobrepõe à natureza vinculante da norma em fase de promulgação. Sob esse ponto de vista doutrinário, as distinções binárias entre *hard law* e *soft law* seriam ilusórias<sup>15</sup>.

Apesar do conceito de *soft law* ser alvo de críticas, como a exemplo da escola positivista, prevalece atualmente o entendimento majoritário de que os ordenamentos internos sofrem influência de diplomas não vinculativos, fenômeno estudado sob a alcunha de *soft law*. Portanto, *soft law* e *hard law* são chamados de instrumentos de sobredireito, o que não se confunde com a enumeração das fontes materiais ou formais do direito internacional público (como doutrina, costumes, jurisprudência<sup>16</sup>).

---

11 BORGES, D. M. *op. cit.*

12 “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.”

13 SHAFFER, G.; POLLACK, M. *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*. p. 713. Disponível em:

<[http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/08/ShafferPollack\\_MLR.pdf](http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/08/ShafferPollack_MLR.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2018.

14 *Idem*. p. 713.

15 *Idem*. p. 713.

16 NASSER, S. H. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2006. p. 59.

De tal forma, passaremos a seguir a analisar de que modo institutos como *soft law* e *hard law* influenciaram o processo de formação do direito à proteção de dados no cenário internacional, em comparação ao caso brasileiro.

### 3 CONTEXTO INTERNACIONAL

#### 3.1 Europa

Em 1970, o Estado alemão de Hesse elaborou o que é considerada a primeira Lei de Proteção de Dados positivada e que influenciou, posteriormente, a criação da primeira Lei Federal de Proteção de Dados Pessoais, em 1979. Portanto, o marco inicial da proteção de dados como direito autônomo é, em verdade, um diploma jurídico de direito interno – o que não impediu a afirmação deste direito no âmbito do direito internacional.

Um ano depois, em 1980, foi publicado o documento “*Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*”<sup>17</sup>, em que se estabeleceu diretrizes para proteção e coleta de dados, de maneira não impositiva<sup>18</sup>, aos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Desse modo, surge o primeiro instrumento relativo à proteção de dados classificado como *soft law* no campo do direito internacional.

O referido documento, apesar de não vinculativo, influenciou de maneira determinante os Estados-membros da OCDE a incluírem em seus ordenamentos jurídicos sobre regras gerais de proteção de dados. Não é sem razão que, em 1981, o Conselho da União Europeia promulgou a Convenção “*For the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*” – que passou a vigorar em 1985.

A convenção estabelecia que o armazenamento e uso de informações pessoais somente era permitido com propósitos legais, além de estabelecer que todos os países signatários deveriam editar leis nacionais em conformidade com seus princípios<sup>19</sup>. Nesse contexto, em um breve período, a orientação internacional sobre proteção de dados passou de

---

17 Documento publicado pela *Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)*, em 1980. Disponível em:

<<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

18 REINALDO FILHO, D. *A Diretiva Europeia sobre Proteção de Dados Pessoais: uma Análise de seus Aspectos Gerais*. Disponível em:

<[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24316822\\_A\\_DIRETIVA\\_EUROPEIA\\_SOBRE\\_PROTECAO\\_DE\\_DADOS\\_PESSOAIS\\_\\_UMA\\_ANALISE\\_DE\\_SEUS\\_ASPECTOS\\_GERAIS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24316822_A_DIRETIVA_EUROPEIA_SOBRE_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS__UMA_ANALISE_DE_SEUS_ASPECTOS_GERAIS.aspx)>. Acesso em: 22 jul. 2018.

19 *Idem*.

*soft law* – o Guia publicado pela OCDE – para *hard law* – o diploma vinculativo editado pela União Europeia.

A diretiva publicada pela comunidade europeia tinha o intuito de uniformizar as normas de proteção à privacidade entre seus Estados-membros. Desse modo, impôs-se a cada país membro a implementação de um órgão estatal responsável pela supervisão da aplicação dos princípios e leis de proteção à privacidade individual, no prazo de três anos após a data de sua vigência.

O objetivo estabelecido pela diretiva era acerca do respeito ao tratamento de dados pessoais, em decorrência da proteção das liberdades e dos direitos fundamentais, especialmente o direito à vida privada (usualmente chamado no Brasil como direito à intimidade). Além disso, a norma orientou os Estados-membros em relação às condições gerais de licitude do tratamento de dados pessoais e aplicação territorial.

Ao longo do fim da década de 80 e durante a década de 90, seguiu-se um período de implementação interna das normas estabelecidas no cenário internacional<sup>20</sup>, proporcionando ao cidadão europeu uma proteção que só foi vista no Brasil anos mais tarde. Em maio de 2018, a União Europeia aprovou o seu novo Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), buscando adequar a proteção já existente a um cenário com grandes agentes e um fluxo de dados sem precedentes.

### 3.2 Estados Unidos da América

Conforme a tradição de descentralização do federalismo norte-americano, a legislação de proteção de dados nos Estados Unidos da América (EUA) existe no plano federal e estadual. O ordenamento federal está voltado a setores específicos da economia, principalmente o setor financeiro e saúde, já as normas estaduais regulam, primordialmente, a proteção de dados do consumidor – isso em um cenário semelhante ao brasileiro antes da aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Diferentemente do que preveem as normas europeias, o *common law* americano incorporou o direito à proteção de dados como decorrência do direito à privacidade e à

---

20 “A Suécia conta com o *Datalegen*, Lei 289 de 11 de maio de 1973. Desde 1977, a Alemanha tem uma lei federal de proteção de uso ilícito de dados pessoais. A Dinamarca regulamenta a questão da proteção de dados pelas Leis 243 e 244, ambas de 08 de julho de 1978, que estenderam a proteção também para as pessoas jurídicas. A França tem a Lei 78-77, de 06 de janeiro de 1978. A Espanha tem a peculiaridade de ter uma regra constitucional determinando a regulamentação da proteção da privacidade contra invasões da atividade informática (art. 18, par. 1º). A Constituição de Portugal de 1977 tem texto ainda mais completo (art. 35), pois contempla a previsão do direito do cidadão de conhecer os dados que lhe são concernentes, de que esses dados sejam utilizados de acordo com a finalidade para o qual foram recolhidos e, ainda, de retificá-los (em caso de erro) e de atualizá-los.” REINALDO FILHO, D., *op. cit.*

intimidade, e não como um direito autônomo. Cabe lembrar que se atribui a juristas norte-americanos a conceituação do próprio direito à privacidade, sendo o artigo *The right to privacy*<sup>21</sup>, de 1890, considerado um marco nesse sentido.

Em nível federal, a *Federal Trade Commission* (FTC) é o órgão responsável por regular e fiscalizar as normas relativas à proteção de dados (é também a autoridade de Defesa da Concorrência), em conjunto com o *Office of the Comptroller of the Currency* (para assuntos relativos a dados financeiros) e o *Department of Health and Human Services* (para dados relacionados à saúde).

Desde 1974, o *Privacy Act* veda a divulgação de dados pessoais detidos pelo Governo Federal, seguindo um padrão das primeiras legislações sobre o assunto: ter o Estado como sujeito passivo das normas, num tempo em que não havia preocupação nesse sentido em relação a dados detidos por grandes empresas (contexto alterado com a propagação da internet).

Embora o processo específico em relação à proteção de dados tenha surgido sem elementos de uma influência externa no caso americano, merece destaque o papel da tradição do *common law* britânico, em especial relativo ao direito à liberdade como percussor do direito à privacidade<sup>22</sup>.

### 3.3 Contexto Brasileiro

Em que pese a legislação brasileira não previsse expressamente o direito à proteção de dados, entende-se que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 representaram a introdução dessa proteção no ordenamento brasileiro. O texto constitucional dispõe em seu art. 5º, inciso X, a inviolabilidade da vida privada e da intimidade; ainda, o inciso XII do mesmo artigo trata da inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações de dados, de forma que a proteção de dados pessoais foi inicialmente vista como decorrência desses postulados.

Nesse sentido, o *habeas data* é remédio constitucional estabelecido pelo inciso LXXII do art. 5º, especificamente para proteger os dados do cidadão mantidos pelo Estado. Ressalta-se que, diferentemente do contexto que levou à aprovação da Lei Geral de Proteção

---

21 WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. **The right to privacy**. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193, 1890. Disponível em: <<http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

22 *Idem*, p. 193.



de Dados, o constituinte voltou sua preocupação a eventuais abusos do Estado como detentor de dados pessoais<sup>23</sup>.

A partir de 1988, legislações de diferentes áreas do direito abordaram, em áreas específicas, o tema da proteção de dados. No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, introduziu-se dispositivo próprio para regular o banco de dados do consumidor (seção VI). Posteriormente, implementou-se a Lei de Sigilo Bancário<sup>24</sup>, para orientar a proteção de dados acerca de operações financeiras.

O caminho de afirmação do direito à proteção de dados no Brasil é marcado pela preocupação pontual do legislador, novamente visto no contexto da Lei de Acesso à Informação<sup>25</sup> e na Lei do Cadastro Positivo<sup>26</sup>. Até a entrada em vigor do Marco Civil da Internet<sup>27</sup> em 2014, os dados do usuário estiveram protegidos apenas em relações jurídicas específicas, abordadas por legislações esparsas. No entanto, nem mesmo o Marco Civil tratou do direito à proteção de dados de maneira exaustiva, função que coube à Lei Geral de Proteção de Dados, ainda pendente de sanção pelo Presidente da República.

A lacuna temporal entre a chegada da internet no Brasil e o Marco Civil da Internet, como uma lei mais específica, ainda que não completamente satisfatória, para regular a proteção de dados de usuários da internet. A internet foi trazida para o Brasil em meados de 1990, enquanto a lei que estabelecia os princípios, garantias e direitos para o uso da internet só apareceu em 2014, mais de vinte e cinco anos depois.

Considerando o cenário internacional de avanço nas discussões sobre direito e internet, não é possível afirmar que a aprovação do Marco Civil da Internet no Brasil foi imune a influência externa. De todo modo, não há menção à legislação estrangeira nos registros de discussão do projeto de lei que originou o Marco Civil da Internet.

Ressalte-se, por fim, que o panorama regulatório de proteção de dados é considerado fraco quando comparado aos países do BRICS, especialmente China, Rússia e África do Sul, ou mesmo países vizinhos, como Argentina e Uruguai<sup>28</sup>.

---

23 MENDES, G. F. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2017. p.459.

24 Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

25 Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

26 Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011.

27 Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

28 DLA PIPER. *Data protection laws of the world*. Disponível em: <<https://www.dlapiperdataprotection.com/>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

#### 4 *HARD LAW* E *SOFT LAW* COMO MEIOS DE AFIRMAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

Considerando os cenários de evolução do direito à proteção de dados narrados acima, bem como os conceitos de *hard law* e *soft law* abordados, passa-se a seguir à análise do papel de tais instrumentos na consolidação da proteção de dados nos ordenamentos jurídicos internos. De início, observa-se que o processo de afirmação do direito na Europa foi mais “eficiente” em razão das legislações locais serem precedidas de instrumentos do direito internacional (*hard law* e *soft law*), pois se tratou de um processo de curso fluido entre a primeira norma de proteção de dados até a *General Data Protection Regulation – GDPR* (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Por outro lado, no panorama nacional, ainda que contenha texto parecido com a GDPR, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) não surgiu a partir de uma orientação internacional, mas como uma discussão interna, com uma lei autônoma. Vê-se, na verdade, uma influência do processo europeu na legislação nacional, mesmo sem que tenha havido uma orientação formal definida como *soft law*.

A entrada em vigor do regulamento europeu em maio de 2018 e o cenário de atenção externa em função dos casos de vazamento de dados no contexto norte-americano<sup>29</sup> terminaram por apressar a aprovação da legislação brasileira pelo Congresso Nacional, isso após oito anos de debate naquela casa. Assim, considera-se que a discussão interna permitiu um fortalecimento do direito à proteção de dados no caso brasileiro.

Já no contexto europeu, vimos que o surgimento da norma de proteção de dados na Alemanha permitiu a discussão internacional na forma de *soft law*, introduzida pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), serviu como um amadurecimento do direito na forma da Diretiva 95/46/EC, diferentemente do que ocorreu no Brasil. No cenário nacional, o fechamento do país às discussões externas levou a um período de negligência ao tratamento de dados, sujeitando os usuários brasileiros a abusos.

A partir da experiência da comunidade europeia, pode-se concluir que a existência de guias internacionais orienta a observância e a afirmação de um direito antes mesmo dele ser positivado na legislação interna. Assim, os instrumentos de *soft law* e *hard law* podem gerar dois efeitos positivos na formação de um direito, pois (i) têm o potencial de evitar o anacronismo do direito nacional frente à evolução do cenário externo, especialmente

---

<sup>29</sup> El País: *Cambridge Analytica, empresa pivô no escândalo do Facebook, é fechada*. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/02/internacional/1525285885\\_691249.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/02/internacional/1525285885_691249.html)>. Acesso em: 22 jul. 2018.

considerando o tema de tecnologia, que avança rapidamente e (ii) podem uniformizar a proteção de dados de maneira transversal, protegendo os usuários independentemente de sua localização geográfica, como ocorre na União Europeia.

Desse modo, o *soft law* pode ser visto como uma vantagem jurídica ao permitir a transformação da ordem interna por meio de discussões e orientações não vinculativas internacionais. Em tais casos, mesmo que não se trate propriamente de uma norma positivada e vinculativa, a partir da experiência internacional observada, surge como instrumento para que o direito evolua mais rapidamente, especialmente em função da demora do direito frente às transformações sociais.

Embora o Marco Civil seja visto como um avanço que não teria em outros países, os países-membros da União Europeia tinham de certa forma assegurado o direito à proteção de dados por meio do *soft law* e *hard law* ou, no caso dos Estados Unidos, por meio da sistemática do *common law*<sup>30</sup>.

Até a entrada em vigor da nova Lei de Proteção de Dados, podemos afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro carece de instrumentos para assegurar a proteção de dados pessoais de maneira adequada. Esse desamparo legal gerou consequências para a sociedade pátria em função da insuficiência da legislação vigente, como no âmbito penal, onde observamos a necessidade de aprovação de lei específica para tipificação de delitos informáticos, conhecida como Lei Carolina Dieckmann<sup>31</sup> (Lei n. 12.737/12), após um caso de grande repercussão.

Com efeito, o direito depende de ferramentas de atualização eficiente, especialmente em sua relação com a tecnologia. Certamente, a lei de proteção de dados no Brasil é um avanço nesse sentido, por trazer a definição de conceitos jurídicos relevantes no panorama atual, como o de dado pessoal. De todo modo, podemos considerar que o *soft law* e *hard law* são instrumentos oferecidos pelo direito internacional para permitir uma célere transformação dos ordenamentos, e não apenas como ferramentas para solução de litígios internacionais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>30</sup> Que não constitui um instrumento de direito internacional.

<sup>31</sup> A Lei é conhecida por esse nome por ter sido sancionada após a atriz ser alvo de invasão em seu dispositivo informático e ter tido suas fotografias íntimas copiadas e posteriormente publicadas virtualmente sem autorização.

A análise dos instrumentos de Direito Internacional de *soft law* e *hard law* no contexto normativo tem forte relevância no âmbito no Direito Digital, principalmente no que concerne à efetivação de uma legislação que vise o direito à proteção de dados.

Nesse contexto, a partir do estudo da influência que os instrumentos de *soft law* e *hard law* têm no Direito Internacional, podemos observar que ambos contribuíram para o bom desenvolvimento do Direito Digital e, mais especificamente, nos países-membros da União Europeia e Estados Unidos, isso porque serviram como meio célere para implementar legislações que visam o direito à proteção de dados em seus ordenamentos jurídicos.

A partir dessa análise, se compararmos o histórico legislativo brasileiro quanto ao direito à proteção de dados ao dos países europeus e Estados Unidos, podemos constatar que o processo interno caminhou de forma lenta e só ganhou fomento a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a partir da experiência internacional observada, concluímos que os instrumentos de *soft law* e *hard law* podem ser considerados mecanismos de auxílio para transformação positiva do ordenamento jurídico interno, de modo a contribuir para que o Direito avance em termos científicos, sociais e tecnológicos. Tudo isso em conformidade com o direito à proteção de dados assegurado pelo Texto Constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001*. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF. Jan. 2001.

BRASIL. *Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011*. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, DF. Jun. 2011.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto na Constituição Federal. Brasília, DF. Nov. 2011.

BRASIL. *Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012*. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília, DF. Nov. 2012.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (Marco Civil da Internet). Brasília, DF. Abr. 2014.

BRASIL. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <  
<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/>

comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>. Acesso em: 22 jul. 2018.

CIHANGIR, N. *The Role of Soft Law and The Interplay Between Soft Law and Hard Law in the Context of International Human Rights*. *Law & Justice Review*. Ed. 14. 2017. p. 204.

DLA PIPER. *Data protection laws of the world*. Disponível em: <<https://www.dlapiperdataprotection.com/>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

El País: *Cambridge Analytica, empresa pivô no escândalo do Facebook, é fechada*. Disponível em:

<[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/02/internacional/1525285885\\_691249.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/02/internacional/1525285885_691249.html)>. Acesso em: 22 jul. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2017. p.459.

NASSER, S. H. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, M. S. Soft Law. In: NASSER, S. H. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 251. ISBN 8522445265.

Organização das Nações Unidas (ONU). *Data Protection and Privacy Legislation Worldwide*. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Pages/DTL/STI\\_and\\_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx)>. Acesso em: 22 jul. 2018.

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*. 1980. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm>>. Acesso em: 22. Jul. 2018.

PORTELA, P. H. G. *Direito Internacional Público e Privado*. 10ª ed. rev. São Paulo: Ed. JusPodium. 2018. p. 205.

REINALDO FILHO, D. *A Diretiva Europeia sobre Proteção de Dados Pessoais: uma Análise de seus Aspectos Gerais*. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24316822\\_A\\_DIRETIVA\\_EUROPEIA\\_SOBRE\\_PROTECAO\\_DE\\_DADOS\\_PESSOAIS\\_\\_UMA\\_ANALISE\\_DE\\_SEUS\\_ASPECTOS\\_GERAIS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24316822_A_DIRETIVA_EUROPEIA_SOBRE_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS__UMA_ANALISE_DE_SEUS_ASPECTOS_GERAIS.aspx)>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SHAFFER, G.; POLLACK, M. *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*. p. 713. Disponível em: <[http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/08/ShafferPollack\\_MLR.pdf](http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/08/ShafferPollack_MLR.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2018.

SHELTON, D. International Law and Relative Normativity. In: EVANS, M. *International Law*. Oxford University Press, 2010. p. 160.

SOARES, C. O. *Os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: análise das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno Estatal.*

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. *The right to privacy.* Harvard Law Review, v. 4, n. 5, p. 193, 1890. Disponível em: <<http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

### **Dados de Identificação das Autoras**

**Autora: Alanna Caroline Brito Muniz Ribeiro.** RG: 49.556.929-X SSP/SP. CPF: 403.421.948-36.

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Endereço: SHIS QL 22 CONJUNTO 4, CASA 17. Telefone: (61) 99820-1113. E-mail: [munizalanna@gmail.com](mailto:munizalanna@gmail.com)

**Coautora: Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto.** RG: 31.979.130 SSP/SE. CPF: 030.838.151-31.

Mestranda em Direito Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal) – UAL. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Sócia de capital do escritório Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Distrito Federal sob o nº 50.476. Endereço: SHIS QL 22 CONJUNTO 4, CASA 17. Telefone: (61) 99126-3680. E-mail: [nara@ayresbritto.com.br](mailto:nara@ayresbritto.com.br)