



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Maurício Dal Pozzo Schneider

Fluxos transfronteiriços de dados e comércio internacional: análise regulatória do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)

Florianópolis

2024

Maurício Dal Pozzo Schneider

Fluxos transfronteiriços de dados e comércio internacional: análise regulatória do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Internacional e Sustentabilidade.

Orientadora: Profa. Joana Stelzer, Dra.

Florianópolis

2024

Schneider, Mauricio Dal Pozzo

Fluxos transfronteiriços de dados e comércio internacional : análise regulatória do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) / Mauricio Dal Pozzo Schneider ; orientadora, Joana Stelzer, 2024.

141 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Fluxos transfronteiriços de dados. 3. Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). 4. Organização Mundial do Comércio (OMC). 5. Regulamentação. I. Stelzer, Joana. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Maurício Dal Pozzo Schneider

Fluxos transfronteiriços de dados e comércio internacional: análise regulatória do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado, em 05 de junho de 2024, pela banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Profa. Joana Stelzer, Dra.
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Aline Beltrame de Moura, Dra.
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Gilmar Antônio Bedin, Dr.(a)
Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ)

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Insira neste espaço a
assinatura digital

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Insira neste espaço a
assinatura digital

Profa. Joana Stelzer, Dra.
Orientadora

Florianópolis, 2024.

“Não só estamos no Universo, mas o Universo está em nós”

(TYSON, Neil deGrasse)

AGRADECIMENTOS

Descobertas e avanços individuais não são feitos isoladamente, assim, reconheço a importância de pessoas que fazem parte da minha história e contribuem aos meus esforços.

À minha família, expressei minha profunda gratidão pelo apoio incondicional. **Nelson, Maristela e Marcelo**, agradeço por estarem presentes em todas as minhas conquistas. Sinto-me privilegiado por contar com vocês em cada etapa da minha jornada e por saber que posso dar motivos para vocês se orgulharem. Com vocês, criei coragem para seguir meu próprio caminho sendo fiel ao que sou e acredito. Amo muito vocês.

À minha vida acadêmica, inspiro-me nos ensinamentos compartilhados por minha orientadora, **Joana**. Reconheço que o avanço científico e intelectual é um esforço coletivo, portanto agradeço humildemente à luz do conhecimento que me guiou ao longo de minha ignorância, afinal "se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes", por isso, sou imensamente grato. Agradeço também aos demais professores que fizeram parte de minha trajetória, todo ensino se transforma em ferramenta para o crescimento pessoal e, a todos, meu completo reconhecimento.

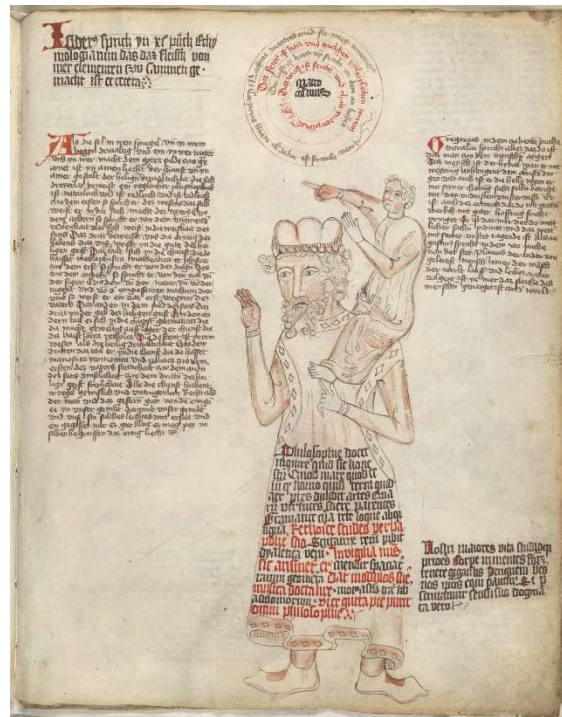
Aos colegas da **Extensão Universitária**, em especial, ao **Glexandre**, agradeço pelo companheirismo e pelos incontáveis diálogos que fizeram questionar minha própria lucidez – “o equilíbrio é essencial, mas uma pitada de loucura é o que mantém o espírito vivo”. Com vocês, compartilhei vitórias, dificuldades, alegrias e frustrações, saibam que admiro e vibro a cada conquista de vocês.

Ao meu primo, **Leonardo**, que me acolheu em seu lar e esteve presente em uma importante etapa de minha vida, saiba que tenho profunda admiração pela pessoa que és. Sua dedicação profissional é inspiradora, a seu exemplo, sinto-me motivado a seguir meus próprios objetivos. Aprendi muito com sua sensibilidade e empatia, nos últimos anos tomei lições das quais levarei para a vida. Guardarei com carinho as lembranças deste período, a você sou humildemente grato.

Dentre as constantes pessoas que me amparam e inspiram, sou afortunado por estar rodeado de amigos. Aos meus companheiros da **URI**, em especial, **Vinícius, Tiago, Lucas, Luka, Ranieri, Rudieri e Gabriel**, verdadeiros irmãos que a vida me deu, os saúdo com mais uma conquista. Com vocês, compartilho minha vida e jamais esquecerei das boas lembranças e do apoio nos momentos difíceis. Vocês fazem parte da minha história e devo muito a vocês.

Por fim, agradeço a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) por todo o suporte técnico e pelo papel essencial na minha formação. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Figura 1 – Sobre os ombros de gigantes - *Nanos gigantum humeris incidentes* (descobrir a verdade a partir das descobertas anteriores).



Fonte: *Library of Congress, Rosenwald 4, Bl. 5r*¹

¹ Manuscrito medieval que representa o gigante cego Órion carregando seu servo Cedálion nos ombros para agir como seus olhos. Disponível em: <https://c7.alamy.com/comp/J8B9W3/library-of-congress-rosenwald-4-bl-5r-J8B9W3.jpg>

RESUMO

As relações entre dados e sua valorização no comércio internacional impulsionam a emergência de novos modelos de negócios e mercados na economia baseada em dados. As transferências de dados através das fronteiras nacionais, isto é, os fluxos transfronteiriços de dados representam forte ativo econômico e levantam questões importantes relacionadas à privacidade, segurança e soberania nacional. A Organização Mundial do Comércio (OMC), principal instância que disciplina o comércio internacional, junto ao Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), que regula o comércio de bens, deixam de representar fluxos transfronteiriços de dados em seus regulamentos pelo fato de que a utilização da internet para fins comerciais estava nos primeiros estágios de desenvolvimento no momento da elaboração dos documentos. Diante dessa lacuna regulatória, a presente pesquisa questiona como se interpreta o fluxo transfronteiriço de dados no âmbito do GATT. Entre os objetivos da pesquisa, busca-se, de forma geral, demonstrar como os fluxos transfronteiriços de dados são interpretados no GATT e, de forma específica: conceituar fluxo transfronteiriço de dados, compreendendo seu papel no comércio internacional e demonstrando sua natureza econômica; descrever a evolução do comércio internacional por meio da análise do GATT e das regulamentações sobre fluxos de dados; e, verificar como o GATT interpreta fluxos transfronteiriços de dados no comércio internacional. A relevância do tema se justifica a partir de perspectivas de ordem espacial, da área de concentração do programa do curso, de aspectos pessoais e sociais. A metodologia utilizada parte da pesquisa pura, qualitativa, com método de abordagem indutivo e com fim explicativo. O meio se baseia na pesquisa bibliográfica e o método de interpretação é predominantemente teleológico. Os resultados obtidos indicam que fluxos transfronteiriços de dados podem ser interpretados como bem de acordo com o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) quando se materializam em produtos tangíveis, sendo possível estender a interpretação a bens intangíveis quando se aplica os artigos 31 e 33 da Convenção De Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT). Por fim, o estudo revela uma análise de como novas tecnologias podem ser interpretadas em tratados internacionais, servindo aos propósitos da ciência na disseminação do conhecimento e na divulgação de um método científico.

PALAVRAS-CHAVE: Fluxos transfronteiriços de dados; Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT); Organização Mundial do Comércio (OMC); Regulamentação.

ABSTRACT

The relationships between data and its valorization in international trade drive the emergence of new business models and markets in the data-driven economy. Data transfers across national borders, namely, cross-border data flows, represent a strong economic asset and raise important issues related to privacy, security, and national sovereignty. The World Trade Organization (WTO), the primary institution governing international trade, along with the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), which regulates the trade of goods, fail to address cross-border data flows in their regulations due to the fact that the use of the internet for commercial purposes was in its early stages of development at the time of document drafting. Faced with this regulatory gap, this research questions how cross-border data flows are interpreted under the GATT. Among the research objectives, the aim is to demonstrate, in general, how cross-border data flows are interpreted under the GATT and, specifically: to conceptualize cross-border data flows, understanding their role in international trade and demonstrating their economic nature; to describe the evolution of international trade through the analysis of the GATT and regulations on data flows; and to ascertain how the GATT interprets cross-border data flows in international trade. The relevance of the topic is justified from spatial perspectives, the program's concentration area, and personal and social aspects. The methodology employed is based on pure, qualitative research, with an inductive approach and an explanatory purpose. The means rely on bibliographic research, and the interpretation method is predominantly teleological. The results indicate that cross-border data flows can be interpreted as goods according to the Dispute Settlement Body (DSB) when they materialize into tangible products, with the interpretation being extended to intangible goods when Articles 31 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) are applied. Lastly, the study reveals an analysis of how new technologies can be interpreted in international treaties, serving the purposes of science in disseminating knowledge and promoting a scientific method.

KEYWORDS: Cross-border data flows; General Agreement on Tariffs and Trade (GATT); World Trade Organization (WTO); Regulation.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Sobre os ombros de gigantes - <i>Nanos gigantum humeris incidentes</i> (descobrir a verdade a partir das descobertas anteriores)	6
Figura 2: Pirâmide DIKW	17
Figura 3: Acordos Comerciais que regulam fluxos transfronteiriços de dados.....	77
Figura 4: Número de acordos comerciais com disposições sobre fluxos de dados.....	78

LISTA DE SIGLAS

ACR – Acordos Comerciais Regionais

ALC – Acordos de Livre Comércio

ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados

AoA – Agreement on Agriculture (Acordo sobre Agricultura)

APEC – Asia-Pacific Economic Cooperation (Cooperação Econômica Ásia-Pacífico)

ASMC – Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias

BM – Banco Mundial

BSA – Business Software Alliance

BTD – Barriers to Trade and Development (Entendimento sobre Barreiras ao Comércio e Desenvolvimento)

CBPR – Cross-Border Privacy Rules (Sistema de Regras Transfronteiriças de Privacidade)

CE – Comissão Europeia

CEDEAO – Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental

CGV – Cadeias Globais de Valor

CPTPP – Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (Acordo Abrangente e Progressivo para Parceria Transpacífica)

CUA – Comissão da União Africana

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

DIKW – Data, Information, Knowledge, Wisdom

DS – Dispute Settlement

DSU – Dispute Settlement Understanding (Entendimento sobre Regras e Procedimentos para a Solução de Controvérsias)

ESC – Entendimento sobre Solução de Controvérsias

EUA – Estados Unidos da América

FEM – Fórum Econômico Mundial

FPD – Flat Panel Display Devices (Dispositivos de Tela Plana)

GATS – General Agreement on Trade in Services (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços)

GATT – General Agreement on Tariffs and Trade (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio)

GPA – Government Procurement Agreement (Acordo sobre Contratos Públicos)

IA – Inteligência Artificial

IGBA – Illegal Gambling Business Act

IoT – Internet of Things (Internet das Coisas)

IP – Internet Protocol (Protocolo de Internet)

ITA – Information Technology Agreement (Acordo de Tecnologia da Informação)

LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados

MFM – Multifunctional Digital Machines (Máquina Digital Multifuncional)

OA – Órgão de Apelação

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ODSC – Open Data Science

OIC – Organização Internacional do Comércio

OMA – Organização Mundial das Alfândegas

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

OSC – Órgão de Solução de Controvérsias

PIB – Produto Interno Bruto

RCEP – Regional Comprehensive Economic Partnership (Parceria Econômica Regional Abrangente)

RGPD – Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

SADC – Southern Africa Development Community (Comunidade de Desenvolvimento da África Austral)

SCM – Subsidies and Countervailing Measures (Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias)

SH – Sistema Harmonizado

SPS – Sanitary and Phytosanitary Measures (Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias)

STBC – Set Top Boxes Which Have a Communication Function (Set-Top Box com Função de Comunicação)

TAPED – Trade Agreements Provisions on Electronic-commerce and Data

TBT – Technical Barriers to Trade (Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio)

TDF – Transborder Data Flow

TIC – Tecnologias da Informação e da Comunicação

TRIMS – Trade-Related Investment Measures (Acordo sobre Investimentos Relacionados ao Comércio)

TRIPS – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio)

UA – União Africana

UE – União Europeia

USMCA – United States-Mexico-Canada Agreement (Acordo entre Estados Unidos, México e Canadá)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 FLUXOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE DADOS: UMA MERCADORIA NA ECONOMIA DIGITAL BASEADA EM DADOS	19
2.1 DOS DADOS AOS FLUXOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE DADOS	19
2.1.1 A pirâmide DIKW	20
2.1.2 Características dos dados.....	24
2.1.3 Fluxos transfronteiriços de dados	27
2.2 COMÉRCIO NA ERA DIGITAL	31
2.2.1 O <i>Big data</i> e a economia digital baseada em dados	32
2.2.2 Implicações dos dados para o desenvolvimento econômico	35
2.3 FLUXO DE DADOS COMO MERCADORIA.....	39
2.3.1 O conceito de mercadorias fictícias para Karl Polanyi.....	39
2.3.2 Revisão da literatura sobre o valor dos dados	42
2.3.3 Características econômicas dos dados.....	46
2.3.4 Dados como mercadoria	48
3 DESBRAVANDO FRONTEIRAS DIGITAIS: A EVOLUÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E A REGULAMENTAÇÃO DOS FLUXOS DE DADOS	51
3.1 A FORMAÇÃO DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO	51
3.1.1 Explorando a Evolução do GATT: Marcos e Transformações no Comércio Global.....	53
3.1.1.1 <i>A cláusula da Nação Mais Favorecida</i>	55
3.1.1.2 <i>A cláusula do Tratamento Nacional</i>	56
3.1.2 O papel da OMC no desenvolvimento e no comércio internacional.....	57
3.2 INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS PARA O FLUXO TRANSFRONTEIRIÇO DE DADOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	60
3.2.1 Instrumentos internacionais	61
3.2.1.1 <i>Diretrizes da OCDE</i>	61
3.2.1.2 <i>Convenção 108 do Conselho da Europa</i>	65
3.2.2 Iniciativas regionais.....	67
3.2.2.1 <i>Ato Adicional n. 1/01/10 de Proteção de Dados da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO)</i>	68

3.2.2.2 <i>Convenção de Malabo da União Africana sobre Cibersegurança e Proteção de Dados Pessoais</i>	71
3.2.2.3 <i>Sistema de Regras Transfronteiriças de Privacidade (CBPR) da Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC)</i>	73
3.2.2.4 <i>Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia</i>	76
3.3 ACORDOS COMERCIAIS	81
3.4 MECANISMOS UNILATERAIS	84
4 REGULAÇÃO DE FLUXOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE DADOS NO GATT: ANÁLISE INSTITUCIONAL E INTERPRETATIVA	86
4.1 DIFICULDADES INSTITUCIONAIS DA OMC NO SISTEMA INTERNACIONAL DE COMÉRCIO.....	86
4.2 PAINEL AUDIOVISUAIS (DS 363) COMO MARCO PARA A REGULAÇÃO DE PRODUTOS DIGITAIS NO OSC	90
4.2.1 Reivindicações dos EUA	90
4.2.2 Defesa Chinesa	92
4.2.3 Entendimento do Painel.....	94
4.3 PRODUTOS DIGITAIS NA OMC: BEM OU SERVIÇO?	98
4.3.1 GATT ou GATS: dificuldades na classificação	98
4.3.2 Tangibilidade Como Pré-Requisito?	104
4.4 MEIOS COMPLEMENTARES DE FUNDAMENTAÇÃO DO OSC: CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS (CVDT)	106
4.4.1 Coerência das decisões	106
4.4.2 Interpretação Evolutiva da OMC.....	109
4.5 ANÁLISE TELEOLÓGICA DE PRODUTOS DIGITAIS SOB AS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DA CVDT PARA APLICAÇÃO NO GATT.....	111
4.5.1 O Art. 31(1) da CVDT e a interpretação expansiva do termo bens.....	122
4.5.2 O significado comum dos termos do Artigo 33 da CVDT	114
5 CONCLUSÃO	119
REFERENCIAS	126
ANEXO A – Pirâmide DKI2	140

1 INTRODUÇÃO

A transformação das tecnologias digitais nas economias e sociedades cria avanços à condição humana e, ao mesmo tempo, desafios inéditos à contemporaneidade. A produção exponencial de dados e a capacidade de explorá-los revela novos modelos de negócios e de mercados capazes de reformular o comércio internacional, no qual o valor de troca dos dados por vezes é o dado em si ou o subproduto das interações digitais.

Nisto, emerge a era da economia baseada em dados (*data-driven economy*), em que países desenvolvidos se destacam na criação de valor e conhecimento sobre dados que fluem livremente entre as fronteiras enquanto que países em desenvolvimento geralmente ocupam posição mais como consumidores do que produtores de dados, por vezes se alinhando com modelos regulatórios guiados por países desenvolvidos. As diferentes perspectivas quanto ao tratamento que os fluxos transfronteiriços de dados devem ter no comércio internacional corroboram na falta de regulamentação colaborativa e harmonizada que contemple a diversidade existente entre os países.

Atualmente, a Organização Mundial do Comércio (OMC) é a principal instância reguladora que disciplina o comércio internacional. A organização oferece amplo espaço para negociação e estrutura legal para implementação e monitoramento de acordos comerciais, sendo o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) um de seus pilares regulatórios para o comércio de bens. Ocorre que, no momento de negociação dos acordos da OMC, a utilização da internet para fins comerciais ainda estava em seus primeiros estágios de desenvolvimento, o que tornou a representação dos fluxos transfronteiriços de dados limitada. Especificamente ao GATT, não há disposições sobre proteção de dados pessoais, privacidade ou economia digital, entretanto, embora não haja menção direta, as fontes regulatórias que moldam o comércio internacional permitem a interpretação de que as regras gerais se apliquem a produtos não previstos no momento da ratificação do acordo, como fluxos de dados. Diante desta lacuna regulatória, a presente pesquisa questiona: como se interpreta o fluxo transfronteiriço de dados no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT).

A hipótese sustentada indica que de acordo com o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), interpreta-se fluxos transfronteiriços de dados como bem apenas quando esses se materializam em produtos tangíveis, sendo possível estender a interpretação como bens

intangíveis a partir da teleologia aplicada aos artigos 31 e 33 da Convenção De Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT).

O viés explicativo resulta da relação de causa e efeito entre variáveis independente, interveniente e dependente que interagem sob as seguintes formas:

- a) Variável independente (x): regulação dos fluxos transfronteiriços de dados no GATT;
- b) Variável interveniente: tangibilidade como critério para regular bens no GATT (w);
- c) Variável dependente 1 (y1): utilização do OSC como fonte do direito para regular bens tangíveis no GATT;
- d) Variável dependente 2 (y2): utilização da CVDT como fonte alternativa para regular bens intangíveis no GATT.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar como os fluxos transfronteiriços de dados são interpretados no GATT e, para isso, os objetivos específicos se fragmentam em três capítulos correspondentes.

O primeiro capítulo se concentra em conceituar fluxo transfronteiriço de dados, detalhando seu papel no comércio internacional e demonstrando sua natureza econômica. Inicialmente, observa-se diferentes abordagens de definição e caracterização dos dados, passando pelo processo gradativo de transformação de dados em informação, conhecimento e sabedoria, culminando na formação dos fluxos transfronteiriços de dados. Em seguida, verifica-se como economias e mercados estão cada vez mais digitalizadas assim como as implicações que os dados repercutem no desenvolvimento econômico dos países. Da união destes tópicos, aborda-se os fluxos de dados como mercadoria tanto pela literatura quanto pelo valor no comércio. A base teórica desse capítulo se centrou especialmente nos estudos de Diane Coyle, Richard Hill e Dan Ciuriak, nos relatórios da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), do Banco Mundial (BM) e do Fórum Econômico Mundial (FEM), e na doutrina de Karl Polanyi e Russell Ackoff.

O segundo capítulo se atém a descrever a evolução do comércio internacional por meio da análise do GATT e das regulamentações sobre fluxos de dados. Para isso, aborda-se a formação do sistema multilateral de comércio do GATT até a consolidação da OMC, bem como instrumentos internacionais, iniciativas regionais, acordos comerciais e mecanismos unilaterais

que tratam sobre fluxos transfronteiriços de dados no comércio internacional. As fontes utilizadas são majoritariamente advindas da própria OMC e dos acordos que regulam fluxos de dados como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Sistema de Regras Transfronteiriças de Privacidade (CBPR) da Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC) e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia (UE).

O terceiro capítulo intenta verificar como o GATT interpreta fluxos transfronteiriços de dados no comércio internacional. A pesquisa pontua dificuldades institucionais da OMC para, na sequência, estudar a decisão proferida no Órgão De Solução de Controvérsias (OSC) no Painel Audiovisuais (*Dipute Settlement 363*) que trata sobre a regulação de produtos digitais na OMC. Fundado na compreensão da tangibilidade na classificação de um bem para o GATT, estuda-se na sequência a Convenção De Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) como meio complementar para fundamentar a aplicação do GATT nos fluxos transfronteiriços de dados e a interpretação evolutiva dos tratados. A base teórica contempla diversos Painéis do OSC, além de autores como Gianpaolo M. Ruotolo, Ignatius Y. Nugraha, Paola Conconi, Joost Pauwelyn, Andrew D. Mitchell e Gabrielle Marceau.

A relevância do tema se justifica a partir perspectivas de ordem espacial, da área de concentração do programa do curso, de aspectos pessoais e sociais e da produção de efeitos práticos. Para o Brasil, constata-se que a origem geográfica e linguística de autores que tratam sobre os fluxos transfronteiriços de dados é majoritariamente composta por autores anglófonos e de países desenvolvidos. O tema se revela pertinente em razão: (I) da ascensão das economias digitais e do papel que o Brasil assumirá no comércio internacional; (II) do viés em que regulamentos internacionais sobre fluxos de dados assumem; (III) do esclarecimento de que produtos digitais estão sujeitos à regulamentação do GATT mesmo quando não há qualquer dispositivo que os mencionem; (IV) do reconhecimento da interpretação evolutiva de termos nos tratados; e, (V) da possibilidade de identificar barreiras comerciais para regulamentos nacionais que impedem a circulação de fluxos de dados como bem nos termos do GATT.

Além disso, o estudo adere à linha de pesquisa do Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, dialogando com conhecimentos produzidos por seus egressos e afirmando os valores das universidades públicas na criação e disseminação da ciência. Para o pesquisador, a investigação representa a

materialização de um interesse pessoal em estudar a vanguarda de um fenômeno que impacta profundamente o comércio internacional e o desenvolvimento econômico dos países.

Para determinar a metodologia, detalham-se os métodos utilizados para a realização da pesquisa da seguinte forma: (I) a natureza da pesquisa é pura, destinada preencher lacunas no conhecimento da relação entre fluxos transfronteiriços de dados e comércio internacional; (II) a abordagem do problema indica que os procedimentos adotados na análise e interpretação da pesquisa remetem a pesquisa qualitativa, identificando a natureza dos fluxos transfronteiriços de dados e os compreendendo no contexto do comércio internacional; (III) o método de abordagem é indutivo para conduzir os resultados da pesquisa de que fluxos transfronteiriços de dados são entendidos como bem de acordo com o GATT; (IV) o fim é explicativo, pois estabelece causa e efeitos entre quatro fenômenos (x , w , y_1 e y_2); (V) o meio se caracteriza como pesquisa bibliográfica por utilizar livros, artigos científicos e relatórios, além da revisão de literatura sobre dados e fluxos de dados, bem como documental para avaliar documentos oficiais, como tratados, especialmente o GATT, e decisões disponíveis principalmente em repositórios institucionais, como os painéis do OSC; e, (VI) o método de interpretação é histórico e, de forma conjunta, sistemático e teleológico, partindo de estudos precedentes para se interpretar o conceito de fluxos de dados como mercadoria, utilizando-se da organização sistemática dos dispositivos previstos no GATT e das decisões do OSC de forma coerente e lógica, concentrando em analisar causa e finalidade de normas e decisões para interpretar sua aplicabilidade.

Atenta-se que, a fim de manter unidade compreensiva ao longo do texto, as citações de origem em língua estrangeira foram traduzidas para a língua portuguesa de forma livre, sendo de responsabilidade exclusiva do pesquisador.

2 FLUXOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE DADOS: UMA MERCADORIA NA ECONOMIA DIGITAL BASEADA EM DADOS

Os fluxos transfronteiriços de dados emergiram como instrumento essencial na economia digital baseada em dados e, conseqüentemente, no comércio digital global. Nessa dinâmica, além de servirem como motor para o desenvolvimento e a inovação, dados adquirem valor e se tornaram um ativo que pode ser comprado, vendido e trocado no mercado global. Dessa forma, serão apresentados conceitos de dados e de fluxo transfronteiriços de dados no intuito de demonstrar sua natureza econômica e de compreender seu papel no comércio internacional.

2.1 DOS DADOS AOS FLUXOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE DADOS

As definições e características dos dados, apesar da grande abrangência do termo, não são evidentes. A digitalização de qualquer produto ou atividade implica codificá-los ou convertê-los em linguagem binária representada por ‘zeros’ e ‘uns’. Tudo o que está na internet é número e, portanto, dado. Dados são fragmentos (pontos de dados), números ‘legíveis’ que também revelam aspectos qualitativos - a reunião e o tratamento destes dados resultam em informação, conhecimento e sabedoria que podem ser utilizados para tomada de decisões melhor fundamentadas. Os dados podem ser sobre pessoas, comportamentos, relações, organizações, atividades comerciais, ambientes naturais ou construídos e objetos fabricados, são utilizados como parâmetro para medir impactos econômicos, ambientais, bem como para avaliar efeitos na saúde, economia, educação ou sociedade em geral (COYLE *et al.*, 2020, p. 8).

Quanto aos fluxos de dados, apesar das recentes discussões acerca de sua regulamentação, é possível perceber seu destaque nos debates internacionais que ocorrem desde as décadas de 1970 e 1980. Enquanto que naquela época o foco era a proteção de dados e direitos de personalidade, atualmente, com o aumento da utilização dos dados como recurso econômico, os debates recaem em temas relacionados ao comércio e ao desenvolvimento (UNCTAD, 2021, p. 51). A definição do que são fluxos de dados pode considerar aspectos do comércio internacional, como a transferência de dados sem entraves por meio de fronteiras ou diferentes mercados internacionais (LINDEN; DAHLBERG, 2016; FEM, 2020), ou por aspectos operacionais, como a transferência de dados entre servidores localizados em diferentes países, determinando o ponto de partida e de chegada do fluxo de um dado (BSA, 2017).

Independente da definição adotada, a compreensão sobre os fluxos de dados pressupõe a existência de um sistema de armazenamento e utilização de informações processadas entre países altamente rentável em razão de suas aplicações ao comércio.

2.1.1 A pirâmide DIKW

A informação gerada pelo *Big Data* está intrinsecamente ligada às demandas do mercado e, conseqüentemente, a serviço do capital financeiro, dos negócios e dos governos. A dimensão do que dado representa ultrapassa mero aprimoramento tecnológico e retrata um novo quadro para compreender e interagir com o mundo, interferindo também na forma de construção do conhecimento, especialmente, métodos de investigação quantitativa e pesquisa científica. O volume pode ser uma variável determinante para a utilidade que os dados possam ter, considerando a premissa de que mais dados tendem a produzir melhor resultados². Para além da quantidade, outros fatores complementam a serventia dos dados, como a capacidade de pesquisar, agregar e cruzar o conjunto de dados, bem como a capacidade analítica de transformar diversas áreas do conhecimento em resultados quantitativos (BRADSHAW, 2014, p. 21-22).

A relação entre o funcionamento dos dados e a informação é usualmente³ descrita por meio da Pirâmide da Informação ou Pirâmide DIKW - A sigla representa respectivamente as iniciais em inglês das palavras: Dado (*Data*); Informação (*Information*); Conhecimento (*Knowledge*); e, Sabedoria (*Wisdom*). O modelo retrata (I) que dado é a base que define o que é informação, (II) que informação é a base que define o que é conhecimento e (III) que conhecimento é a base que define o que é sabedoria (BRADSHAW, 2014, p. 23). O modelo é um protótipo amplamente reconhecido na literatura⁴ para relacionar os elementos que compõem

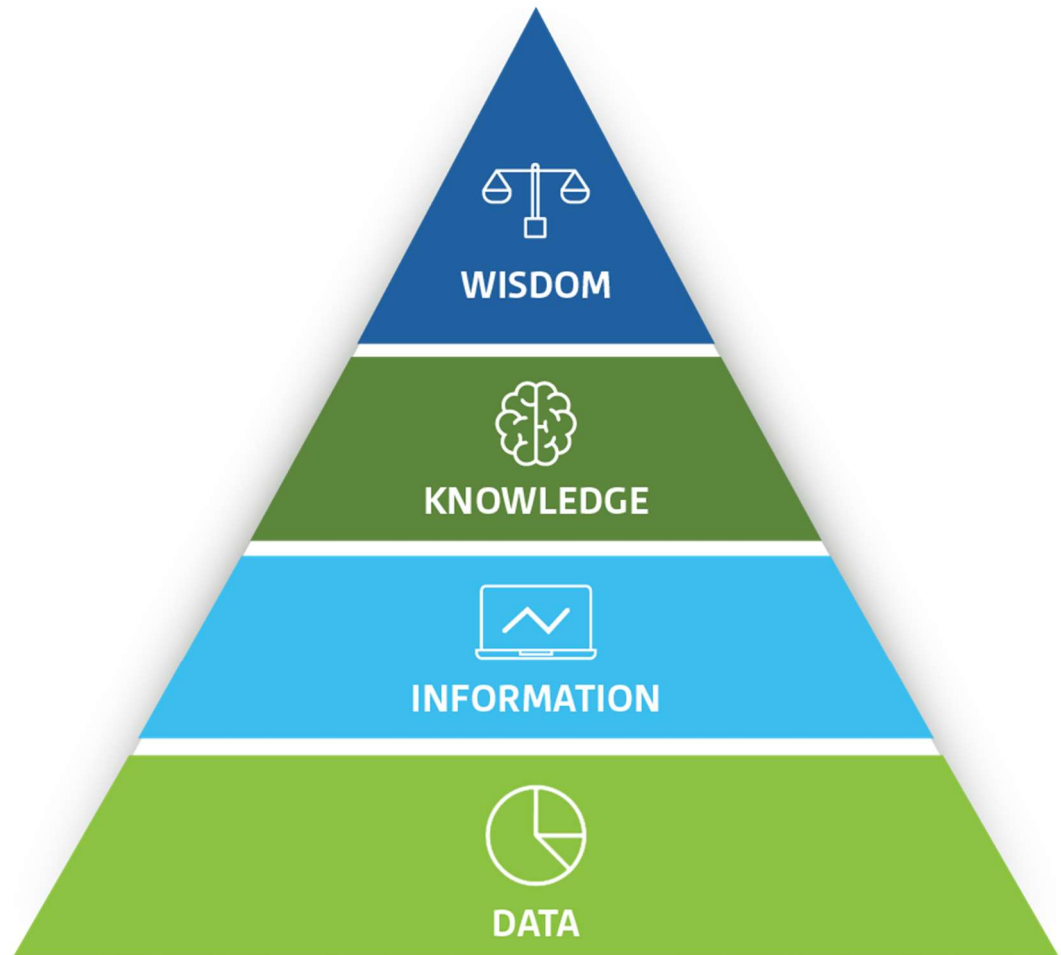
² Em 2014, o relatório da Câmara de Comércio dos Estados Unidos, ao utilizar o exemplo de Peter Norvig, especialista em inteligência artificial do Google, demonstra como o volume de dados pode ser significativo para resultados qualitativos: “Norvig observa que uma pintura rupestre de 17 mil anos conta efetivamente ao seu público tanto sobre um cavalo – um mamífero quadrúpede, com cascos e uma crina espessa – quanto qualquer fotografia. Embora desenhar o animal com terra e carvão seja um processo muito mais lento do que tirar uma foto, a informação transmitida é fundamentalmente a mesma. Não importa quão avançada seja a tecnologia que o produz, um único dado sempre conterà uma quantidade limitada de informações implícitas e contextuais. Capturar imagens consecutivas de um cavalo na forma de vídeo, entretanto, produz uma avaliação muito mais completa de como o animal se move, se comporta e interage com seu ambiente. Mesmo uma modesta mudança quantitativa nos dados permite uma avaliação qualitativamente mais rica” (BRADSHAW, 2014, p.22).

³ Há outras denominações menos utilizadas para o modelo, como Pirâmide do Conhecimento, Pirâmide da Sabedoria, Hierarquia da Informação e Hierarquia do Conhecimento.

⁴ Especialmente em áreas como sistemas de informação, ciências da informação e da computação e administração (RIBEIRO; SANTOS, 2020, p.69).

o aprimoramento e o valor de uso dos dados, representado graficamente como uma pirâmide (RIBEIRO; SANTOS, 2020, p. 69).

Figura 2 - Pirâmide DIKW



Fonte: *The Impact of the DIKW Pyramid on Corporate Success*⁵.

A organização do processo de transformação de dados até o desenvolvimento de sabedoria não tem origem única, embora seja comumente atribuída a Russell Ackoff, em 1989, seja por ter proposto a estrutura ou, ao menos, o mérito de destacá-la (ADRIÃO; RAZZOLINI FILHO, 2021, p. 358). O autor conduziu estudos relacionados aos processos cognitivos da

⁵Representação em inglês da Pirâmide DIKW referente a inicial de cada palavra: Dado/Data (D); Informação/Information (I); Conhecimento/Knowledge (K); e Sabedoria/Wisdom (W). Disponível em: <https://datascientest.com/en/the-impact-of-the-dikw-pyramid-on-corporate-success>

mente humana e categorizou dados, informação, conhecimento e sabedoria de forma hierárquica – possivelmente a razão de o modelo ser representado por meio de pirâmide⁶ (RIBEIRO; SANTOS, 2020, p. 69-70).

Dados podem ser interpretados como fatos, representações ou produtos da observação⁷. Por si só, não são úteis, não têm sentido nem interpretação, devem ser transformados para que possam ter utilidade e encontram, como único propósito, sua própria existência (RIBEIRO; SANTOS, 2020, p. 71). Constituem-se de elementos não interpretados oferecidos ao solucionador de problemas. São o resultado de observações que adquirem relevância somente após organizadas e representam o caminho para se formar a informação a partir da descrição dos dados (ADRIÃO; RAZZOLINI FILHO, 2021, p. 358). Podem ser obtidos a partir de sensores, experimentos ou pesquisas e coletados, por exemplo, por meio de redes sociais ou plataformas de comércio online, que registram atividades dos usuários e visitas ao site (UNCTAD, 2021, p. 7).

A informação ocorre quando o dado passa a ser significado e contextualizado. Informações são úteis, processadas e interpretadas, podendo ser entendidas também como mensagens ou fluxo de mensagens, adquirindo propósito e habilidade para se transformar (RIBEIRO; SANTOS, 2020, p. 72-73). O processo que converte dado em informação ocorre com respostas (sobre quem, o quê, onde e quando) que tornam possíveis descrever e quantificar dados (UNCTAD, 2021, p. 7). A informação ocupa a segunda posição na Pirâmide DIKW e abre caminho para o refinamento dos dados.

Para Doneda (2011, p. 94), dado apresenta conotação mais primitiva e fragmentada, como em estado de informação em potencial ou pré-informação anterior à interpretação e ao processo de elaboração, enquanto a informação “alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição”, carregando também “um sentido instrumental”, como “redução de um estado de incerteza”.

O conhecimento é o conjunto de informações, conectadas, organizadas, analisadas, avaliadas e acumuladas, podendo também estabelecer relações entre dados coletados. Representa a capacidade de: (I) lidar com novas situações e contextos; (II) compreender,

⁶ O modelo também é encontrado por meio da representação de cadeia, corrente ou sequência lógica, embora o formato piramidal seja amplamente utilizado.

⁷ Conceitualmente, dados como fatos podem ser: (I) objetivos e discretos; (II) brutos; ou (III) observados/registrados. Já dados como representações, podem ser: (I) de objetos; (II) de símbolos; ou (III) de sinais (RIBEIRO; SANTOS, 2020, p.71).

entender, raciocinar; e, (III) tomar decisões corretas. O conhecimento está orientado a ações, portanto contem crenças e julgamentos (RIBEIRO; SANTOS, 2020, p. 74). A utilização de conhecimentos adquiridos por meio de dados e informações permite a capacidade de compreender e criar novos dados e novas informações (ADRIÃO; RAZZOLINI FILHO, 2021, p.358).

Sabedoria representa a profunda integração do sistema global do conhecimento, que “capta simultaneamente um elevado nível de conhecimentos e a capacidade de os aplicar para atingir objetivos específicos” UNCTAD, 2021, p. 7). Há diversas⁸ formas legítimas de conceituá-la considerando a capacidade de: (I) aumentar a eficácia do conhecimento; (II) aplicar conhecimento alinhado a determinado interesse; (III) compreender a verdade universal; (IV) manter, usar e implementar o conhecimento; (V) distinguir o errado do certo, o bom do ruim; e, (VI) analisar e sintetizar levando à ação (RIBEIRO; SANTOS, 2020, p. 77).

O modelo DIKW é vastamente utilizado em textos técnicos e acadêmicos por mais de três décadas para representar a hierarquia de formação da sabedoria, do conhecimento, da informação e dos dados. Em que pese a abrangência do modelo, a pirâmide que o representa tem sido objeto de críticas em diferentes domínios de investigação que questionam desde a disposição dos elementos até a estrutura em si. Para Poore e Chrisman (2006, p. 511), “a pirâmide da informação incorpora e normaliza as teorias do poder, refletindo as estruturas sociais hierárquicas da antiga economia industrial, com os trabalhadores manuais na base e os trabalhadores do conhecimento e os patrões no topo”, sendo que o modelo atribui valor aos elementos de forma excessivamente linear: sabedoria vale mais do que conhecimento, que vale mais do que informação, que vale mais do que dados. Outras críticas se referem a falta de clareza entre as transições e transformações dos elementos⁹ (dado, informação, conhecimento e sabedoria) ou, ainda, a concepção de que nem todo conhecimento advém dos dados¹⁰

⁸ Os conceitos listados foram sintetizados por Ribeiro e Santos (2020, p.77), e compreendem a contribuição de diversos autores, sendo respectivamente: (I) Ackoff (1989); (II) Goede (2011); (III) Liew (2013); (IV) Pourdjani, Siadat e Rajaeepours (2015); (V) Aukett (2019); Cooper (2017); e (VI) Çalışkan et al. (2015); Hoppe et al. (2011).

⁹ Para elucidar a crítica, Adrião e Razzolini Filho (2021, p.361) apresentam questionamentos que complementam o raciocínio: “Como é que ocorrem as transições entre níveis? O que define e impulsiona o movimento dos Dados para a Sabedoria? Existe uma inércia inata que move, consolida e transforma os Dados em algo que está “para além” dos Dados, sem contribuir com outros elementos para além daqueles que existem apenas nos próprios Dados, até à Sabedoria? As definições dos dados não permitem este “algo mais” e o modelo, tal como é habitualmente proposto, não fornece pistas sobre onde poderá estar”.

¹⁰ Para esta crítica, “todo o conhecimento é proposicional e, dada uma linguagem expressiva adequada, pode ser escrito e registado ser escrito e registado, e pode ser armazenado em bases de dados, que podem mesmo ser designadas por bases de dados de conhecimentos” (ADRIÃO; RAZZOLINI FILHO, 2021, p.361).

(ADRIÃO; RAZZOLINI FILHO, 2021, p. 360). Há, também, tentativas de revisar o modelo ao incluir novas categorias à pirâmide. É o caso do modelo DIK2¹¹ que, além dos conceitos já apresentados, ramifica dados em três novos elementos e inclui o conceito de inteligência - que por si já é amplamente discutido em razão do advento da inteligência artificial (IA)¹².

Dentre as críticas ao modelo DIKW, autores que acrescentaram ou excluíram categorias, fizeram-na a partir de uma abordagem teórica, o que indica carência de resultados empíricos para questionar o modelo (RIBEIRO; SANTOS, 2020, p. 82). O modelo DIKW permanece como instrumento de aprendizagem, portanto, defende-se sua utilização de forma crítica, tendo em mente a complexidade que este sistema pode representar (ADRIÃO; RAZZOLINI FILHO, 2021, p. 363).

2.1.2 Características dos dados

O conteúdo informativo dos dados determina sua utilidade e seu valor de uso. Dados podem coletar informações sobre pessoas (como dados demográficos e comportamentais), sobre organizações, (como atividades e relações comerciais), sobre ambientes naturais ou construídos e sobre objetos produzidos. “A generalidade dos dados determina para quantas decisões os dados são úteis. Alguns dados podem ser valiosos apenas para alguns propósitos e outros dados podem ser úteis em diversos cenários diferentes” (COYLE *et al*, 2020, p. 8).

Dados apresentam limitações geoespaciais, por exemplo, dados locais coletados sobre determinada cidade podem ser úteis somente dentro dessa cidade, enquanto que dados coletados globalmente podem ter menor utilidade em nível local. Em ambos casos, deve-se relevar a existência de diferenças culturais, legislativas e demográficas que influenciam nas coletas e nos resultados. Deve-se considerar também a cobertura temporal dos dados que podem prever acontecimentos futuros; representar presente ou passado recente; ser parte de registro histórico; ou estimar acontecimentos do passado (COYLE *et al*, 2020, p. 8-9)¹³.

¹¹ Ver Anexo 1.

¹² Ribeiro e Santos (2020, p. 76) complementam: “As definições de IA mudaram ao longo do tempo, não havendo consenso (SIMON, 2019), mas comumente é entendida como sistemas de informação com o potencial de simular as funções cognitivas humanas, como aprendizado ou resolução de problemas, e colocá-las em prática (MAITY, 2019; MUTONGI, 2016; RAWSON *et al.*, 2019). Contudo, não fica restrita à mera simulação ou imitação da inteligência humana, pois pode mostrar um número maior de tarefas (GONZALEZ, 2017), facilitando a análise de dados com uma ótica que supera a capacidade do homem, por meio de sua capacidade de processar dados e informações, abordando a questão da racionalidade limitada (ALLEN, 2016; RAWSON *et al.*, 2019)”.

¹³ De forma complementar, a autora destaca as possíveis ações que pessoas e organizações podem representar: (I) Planejadores, que agem para afetar ou preparar o futuro a curto/médio/longo prazo; (II) Operadores, que atuam

As características informacionais sobre dados compreendem elementos que influenciam diretamente nas suas utilidades e nos seus valores de uso. A primeira característica diz respeito à qualidade: dados de maior qualidade reduzem incertezas e riscos de que decisões baseadas neles estejam incorretas. Por sua vez, reconhecer problemas conhecidos auxilia em avaliar riscos e aprimorar dados coletados. A qualidade necessária depende da finalidade para a qual os dados serão utilizados e, para descrevê-la, considera-se a proporção que o conjunto de dados representa (exaustividade), o rigor da informação disponibilizada (precisão) e a extensão temporal entre coleta e utilização dos dados (atualidade). Desta forma, “Quanto menor for a exaustividade, a precisão e a atualidade dos dados, maior será, em geral, o rendimento marginal da incorporação de dados adicionais no conjunto de dados” (COYLE *et al*, 2020, p. 10).

Cai e Zhu (2015, p. 4) complementam e destacam variadas¹⁴ formas de classificar a qualidade dos dados utilizando indicadores baseados em necessidades corporativas cuja divisão ocorre por meio de dimensões (disponibilidade, usabilidade, confiança, relevância e qualidade de apresentação) para cada qual outros elementos são identificados¹⁵.

Outra característica, refere-se à sensibilidade dos dados. Informações sobre indivíduos, organizações ou ativos físicos são mais suscetíveis a ataques e perturbações por serem vitais na personalização de produtos e serviços (COYLE *et al*, 2020, p. 10). A noção de privacidade evoluiu com a prevalência da Internet e dos grandes volumes de dados, informações de identificação pessoal podem ser usadas para distinguir ou rastrear indivíduos¹⁶ e para relacioná-la a indivíduos¹⁷ podendo oferecer riscos de ordem monetária, psicológica, física e social (MILNE, 2017, p. 3-7). A sensibilidade dos dados reflete diretamente em direitos

para lidar com o presente; ou (III) Historiadores, que atuam para responder algo no passado (COYLE *et al*, 2020, p.9).

¹⁴ Os autores demonstram por meio da revisão da literatura da qualidade dos dados que os conceitos mudaram ao longo dos anos, por exemplo: em 1999, Alexander e Tate descreveram seis critérios de avaliação – “autoridade, exatidão, objetividade, vigência, cobertura/ público-alvo e características de interação/transação para dados da Web”; já em 2000, Gauch propôs seis métricas para investigar a qualidade - vigência, disponibilidade, relação informação-ruído, autoridade, popularidade e coesão, (CAI; ZHU, 2015, p.4).

¹⁵ Disponibilidade (acessibilidade, atualidade, autorização); Usabilidade (definição/ documentação, credibilidade, metadados); Confiança (exatidão, integridade, coerência, exaustividade, auditabilidade); Relevância (adequação); e Qualidade da apresentação (legibilidade, estrutura) (CAI; ZHU, 2015, p.4-6).

¹⁶ Como: nomes, sobrenomes e nomes sociais; números de identificação pessoal; endereços; protocolos de internet (IPs); números de telefone; imagens fotográficas, digitais ou biométricas; registros de veículos e imóveis; entre outros (MILNE, 2017, p.5).

¹⁷ A exemplo de informações educacionais, médicas, financeiras e empregatícias; raça; religião; indicadores geográficos, entre outros (MILNE, 2017, p.5).

relacionados à privacidade e proteção de dados, podendo ser um componente de legislações consumeristas, como nos Estados Unidos, de garantias fundamentais, como na União Europeia (UE), ou de segurança nacional, como na China.

Além de qualidade e sensibilidade, identifica-se a dupla característica de interoperabilidade e possibilidade de ligação de dados. A interoperabilidade representa a capacidade de identificar padrões na representação de dados, isto é, a possibilidade de agrupar dados semelhantes sobre determinada ordem ou categoria. A possibilidade de ligação se relaciona a utilização de identificadores que possibilitam interligar os registros de um conjunto de dados em outro (COYLE *et al*, 2020, p. 10). Atualmente, ambas características recebem elevado destaque por governos, indústrias e setores militares na elaboração de políticas e na gestão de informações - “a ligação correta e fiável de informações produzidas de forma independente é um requisito para permitir aplicações sofisticadas e fluxos de trabalho de processamento” (VILLA *et al*, 2017, p. 1-3).

Dados são intangíveis e não rivais¹⁸, isto é, muitas pessoas podem se utilizar dos mesmos dados simultaneamente e ao longo do tempo sem que estes se esgotem, entretanto, observa-se que o acesso aos dados pode ser limitado por meios técnicos ou legais, o que pode resultar em diferentes graus de exclusão (UNCTAD, 2021, p. 6). A exclusividade decorre da possibilidade de comercialização e geração de receitas com os dados coletados, o titular exclui dos outros a utilização deles para inovar, aprimorar seus próprios produtos, vender serviços ou desenvolver publicidade direcionada (KERBER, 2017, p. 8). É o caso de dados recolhidos sobre o meio ambiente: qualquer pessoa pode observar dados provenientes do ambiente desde que utilize os sensores adequados, dessa forma, torna-se difícil para aqueles que custearam a coleta de dados restringir o acesso aos demais (COYLE *et al*, 2020, p. 11) – para contornar esta realidade, serviços meteorológicos utilizam de meios alternativos para rentabilizar a prestação de seus serviços.

Por último, Wdowin e Diepeveen (2020, p. 12) destacam a importância de analisar as condições de acesso aos dados a partir de um espectro que varia entre fechado, compartilhado e aberto. A acessibilidade aos dados reflete em diferentes utilidades para a qual são coletados: dados fechados restringem sua utilização para a entidade que os coletou; dados compartilhados

¹⁸ Esse pressuposto se baseia em “argumentos econômicos de que o custo marginal de utilização adicional de dados (não rivais) é zero” (KERBER, 2017, p.6). A análise de dados não rivais será explorada em detalhe na seção sobre as características econômicas dos dados.

podem ser utilizados e analisados de forma ampla, podendo agregar maior valor a eles¹⁹; e, dados abertos podem ser utilizados por todos e representam um bem comum.

De forma mais específica, a Comissão Europeia (CE) define dados abertos como informações que podem ser utilizadas, modificadas e compartilhadas livremente, para qualquer pessoa e para qualquer fim, sendo que, para isso, “devem estar disponíveis sob uma licença aberta e ser fornecidos numa forma conveniente e modificável que seja legível por máquina” (CE, 2015, p. 7). De acordo com Wdowin e Diepeveen (2020, p. 12-13), dados abertos podem ser significativos para serviços públicos como ferramenta para: promover crescimento da economia do conhecimento; incentivar a participação de cidadãos na vida política e social; reduzir custos e tempo para usuários; bem como aumentar a transparência e a eficiência com o compartilhamento de dados entre administrações públicas. Para dados compartilhados, deve-se considerar que dados particulares não se tornam disponíveis espontaneamente e, portanto, necessitam de incentivos aos detentores dos dados. Enquanto que dados fechados, no âmbito de governamental, resguardam interesses relacionados à privacidade, diplomacia ou segurança nacional (BIRCHALL, 2016, *s.p.*). De tal forma, passa-se a análise dos fluxos transfronteiriços de dados.

2.1.3 Fluxos transfronteiriços de dados

Apesar da crescente relevância dos fluxos transfronteiriços de dados na economia digital, ainda não existe consenso sobre alguns de seus elementos básicos, como conceitos e características (UNCTAD, 2021, p.52). Dessa forma, parte-se da definição adotada pelo Fórum Econômico Mundial (2020, p.44) sobre os fluxos transfronteiriços de dados como "a circulação regular e sem entraves de dados através das fronteiras internacionais". Para Linden e Dahlberg (2016, p. 8-9), a noção de fluxos transfronteiriços de dados advém dos esforços da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e do Conselho Europeu para desenvolver o livre fluxo de dados²⁰: com o surgimento de diferenças nacionais para regras de proteção de dados entre países, o conceito surge inicialmente como oposição aos direitos à

¹⁹ De acordo com Fokus *et al* (2017, p.3), “quando abertos, os dados podem tornar-se uma força de crescimento e desenvolvimento para todos os países, independentemente da geografia e do nível de desenvolvimento econômico”.

²⁰ Autores que defendem o livre fluxo de dados geralmente focam nos possíveis impactos positivos que podem produzir, como integração social, pesquisa, produtividade e inovação (UNCTAD, 2021, p.52).

privacidade e à integridade pessoal nos anos 1980 e 1990 para assegurar o livre comércio. Atualmente, o debate sobre o conceito é mais complexo em razão da digitalização da economia e da dependência da sociedade nas transferências de dados, no entanto os autores consideram que o propósito da livre circulação de dados permanece.

Há diversas abordagens na literatura para formas de medir ou quantificar os fluxos de dados, isto ocorre porque os limites de onde começam ou terminam não são conclusivos. Com esta dificuldade, alternativas para medir os fluxos de dados partem de análises indiretas por meio de aspectos econômicos como componentes digitais no comércio, mudanças de comportamento frente a alterações regulamentares e avaliações sobre o impacto das restrições aos fluxos de dados. Para além dos obstáculos em quantificar os fluxos de dados, há também uma questão jurídica sobre o que constituem esses fluxos²¹ (UNCTAD, 2021, p. 52-54).

Dados podem ser categorizados entre comerciais, negociais e pessoais, cujo destaque reverbera para a relação comercial que pode ser de bens, serviços e serviços digitais. Quanto ao fluxo de dados, considera-se duas outras categorias que representam “tentativas de quantificar os atuais fluxos de dados sob a forma de componentes de serviços no comércio” e “estimativas do impacto das restrições ao fluxo de dados ou do seu levantamento” (UNCTAD, 2021, p. 54).

De forma geral, as definições sobre fluxos transfronteiriços de dados se concentram em aspectos relacionados ao comércio e quatro grandes grupos contribuem para a formação da literatura: academia, setor privado, organizações internacionais e sociedade civil. Em sua maioria, acadêmicos tendem a apoiar o livre fluxo de dados por razões econômicas, compreendendo que haveria redução dos custos das transações comerciais, bem como expansão do comércio internacional, do bem-estar dos consumidores e do Produto Interno Bruto (PIB) dos países (UNCTAD, 2021, p. 55-56). Autores que defendem o livre fluxo dos dados criticam o que denominam como ‘localização dos dados’, referindo-se a políticas de manutenção dos dados dentro das fronteiras nacionais, alegando que não se associam a grandes aumentos de empregos e não contribuem para a segurança dos dados²² (CHANDER; LÊ, 2014, p. 274). Sobre localização nacional, considera-se o disposto no Fórum WSIS (2017, *s.p.*):

²¹ Como exemplo: “(...) uma transferência de propriedade de dados de uma entidade de um país para outra de outro, sem que os dados sejam transferidos para fora do seu centro de dados, pode constituir um fluxo de dados transfronteiras sem que tenha ocorrido e seja medido um fluxo de dados efetivo” (UNCTAD, 2021, p.54).

²² No sentido de que manter setores de dados em um único local torna-os mais vulneráveis a desastres naturais ou à ação de hackers.

As políticas de localização incluem requisitos como: os dados têm de ser processados num território nacional e envolver um nível específico de "conteúdo local" ou a utilização de serviços ou equipamento fornecidos localmente; os dados têm de ser armazenados localmente ou "residentes" numa jurisdição; o processamento e/ou armazenamento de dados têm de estar em conformidade com normas nacionais únicas; ou as transferências de dados têm de ser encaminhadas em grande parte ou apenas num espaço nacional ou regional, sempre que possível. Além disso, em alguns casos, as transferências de dados podem exigir a aprovação do governo com base em determinadas condições, ou mesmo ser proibidas. As motivações dos governos para estabelecerem tais políticas variam e podem incluir, por exemplo, a promoção da indústria local; a proteção (nominal ou real) da privacidade dos seus cidadãos e, de um modo mais geral, da sua jurisdição legal; ou a promoção da segurança nacional ou uma visão alargada da "ciber-soberania".

Frisa-se, entretanto, que grande parte dos académicos que apoiam o livre fluxo de dados deixam de considerar os efeitos distributivos dos ganhos decorrentes da economia digital, o que é um aspecto crítico para o desenvolvimento e a desigualdade entre países, ou seja: “é provável que os ganhos, por exemplo, com o comércio eletrónico, se acumulem especialmente em setores e para pessoas que já são privilegiadas em termos de acesso ao mercado internacional ou de competências”. (UNCTAD, 2021, p. 56).

Para organizações internacionais como OCDE, Banco Mundial (BM) e Fórum Económico Mundial (FEM), predomina a defesa do livre fluxo de dados sob lógica de criar valor no comércio idealizado a partir de um sistema de troca de dados sem atritos e não fragmentado entre países (BM, 2021; UNCTAD, 2021, p. 56). O FEM (2020, p. 8) compreende que as políticas de localização de dados podem ser altamente problemáticas: (I) criando consequências económicas para empresas que precisam criar e manter múltiplos centros de dados em diferentes jurisdições; (II) gerando maiores custos monetários e impactos ambientais; e, (III) comprometendo na atratividade de investimentos de capital e na retenção de talentos das regiões.

No setor privado, a maioria das publicações também são a favor do livre fluxo de dados, mas devido a interesses particulares no comércio internacional como forma de manter e expandir seus negócios. De acordo com a *Business Software Alliance* (BSA, 2017, s.p.), “os dados que circulam através das fronteiras são essenciais para os serviços que sustentam o comércio global, melhoram a saúde e a segurança, promovem o bem social e permitem as tecnologias do futuro” e o fluxo transfronteiriço de dados representa movimento ou transferência de informações entre servidores através das fronteiras nacionais. Avila (2020, p. 52) comenta:

Nos últimos anos, as discussões comerciais globais têm abordado cada vez mais questões digitais, como transferências de dados transfronteiriças, privacidade online, segurança cibernética, regulação de spam e neutralidade da rede. As grandes empresas tecnológicas têm grandes interesses nestas discussões, uma vez que beneficiam enormemente tanto da eliminação do que consideram ser barreiras comerciais como também da harmonização das regulamentações, o que reduz o custo da conformidade e dos mandatos governamentais.

Diferentemente, as perspectivas da sociedade civil variam quanto ao posicionamento sobre os fluxos de dados. Para autores especialmente dos EUA, sustenta-se fortemente que os fluxos de dados devem atender a interesses econômicos, portanto defendem a imposição de regras vinculantes sobre fluxo de dados nas negociações comerciais. Autores de países em desenvolvimento tendem a ser mais cautelosos em relação ao livre fluxo de dados sob a suspeita de que a imposição deste modelo pode limitar a abrangência de políticas nacionais e, conseqüentemente, alterar no desenvolvimento destes países.

A ausência de regras nacionais em países em desenvolvimento que tratem, por exemplo, sobre tributação de empresas de tecnologia internacionais faz com que se acentuem disparidades de receitas e problemas relacionados à privacidade, reforçando dependências em empresas internacionais e países desenvolvidos (UNCTAD, 2021, p. 56-57). De forma crítica, Hill (2018, *s.p.*) compreende que não há qualquer justificativa óbvia para políticas que favoreçam a livre circulação de dados, a não ser permitir que empresas que já estão no topo “[...] continuem a acumular enormes lucros (muitas vezes lucros de monopólio) extraindo e refinando dados, sem pagar impostos e sem compensar os utilizadores que produzem os dados em primeiro lugar”. A ausência de um sistema internacional adequado que regule os fluxos de dados permite que governos e empresas líderes nas Cadeias Globais de Valor (CGV), principalmente por meio de plataformas digitais, recolham e controlem dados porque dispõem dos recursos e da capacidade de aperfeiçoar e utilizá-los para obter benefícios (UNCTAD, 2021, p. 8). Para Hill, a inconsistência do livre fluxo de dados pode ser sintetizada a partir da seguinte reflexão:

[...] se alguém argumenta que os dados devem ser tratados como uma mercadoria, porque são valiosos quando combinados com outros dados, então não pode simultaneamente argumentar que não podem ser tributados e que os utilizadores finais devem fornecer os seus dados pessoais sem uma compensação adequada (HILL, 2018, *s.p.*).

Apesar disso, prevalece entre a literatura o pressuposto de que restrições aos fluxos de dados são indesejadas, especialmente por grupos da academia, do setor privado e das organizações internacionais. Quando a análise tem como base a teoria econômica, o resultado tende a apontar os efeitos adversos da regulamentação dos fluxos de dados, partindo da ideia

de que o mercado apresenta resultados eficientes, porém não considerando imperfeições que o mercado pode apresentar - como tendência da formação de monopólios, ampliação da desigualdade entre países e implicações ao desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento (UNCTAD, 2021, p. 60).

Discussões relacionadas à regulamentação dos fluxos transfronteiriços de dados atualmente ocupam posição de destaque na agenda internacional visto que o assunto se relaciona com direitos humanos, segurança nacional e, especialmente, comércio internacional. Dada importância e multiplicidade de áreas correlacionadas, as opiniões sobre os fluxos transfronteiriços de dados tendem a divergir bastante e a discussão do tema se encontra bastante polarizada atualmente, especialmente quando se observa diferentes perspectivas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. De um lado, há os defensores da facilitação dos fluxos de dados livres e, de outro, da necessidade de localização nacional do armazenamento de dados para se atingir objetivos nacionais, estando o presente debate em um impasse (UNCTAD, 2021, p. 4). Assim, passa-se a análise comercial na economia digital baseada em dados.

2.2 COMÉRCIO NA ERA DIGITAL

Com o avanço do comércio digital, custos relacionados às interações e transações comerciais diminuíram, o que elevou os níveis de oferta e demanda, tornando os dados “o novo petróleo da era digital”, “a força vital do comércio na era digital”, ou, ainda, “a matéria-prima da era da informação” (ALMEIDA FILHO, 2020, p. 23-33). As plataformas digitais são as empresas com maior controle concentrado de dados e possuem vantagens competitivas em relação aos seus concorrentes por saber detalhes sobre as preferências dos consumidores (DUARTE, 2020, p. 28-29).

Desta forma, os custos de produção nos novos mercados online tendem a ser menores e as vantagens competitivas causam desequilíbrio nos preços dos produtos. O controle de dados é uma ferramenta eficiente para traçar perfis de usuários e possíveis novos mercados, o que causa preocupações concorrenciais no comércio internacional (DUARTE, 2020, p. 30). Serviços digitais representam um importante facilitador do comércio e a crescente importância dos dados para a economia digital implica a necessidade de fluxos de dados ultrapassarem fronteiras nacionais. As economias estão cada vez mais digitalizadas e as grandes plataformas

são responsáveis pela criação de mercados globais e de comunidades de usuários sem precedentes. (ALMEIDA FILHO, 2020, p. 42). Por tal motivo, faz-se necessário avaliar como o comércio se desenvolve e repercute na era digital.

2.2.1 O *Big data* e a economia digital baseada em dados

A crescente digitalização da economia e da sociedade está alterando a forma como as pessoas agem e interagem. A velocidade em que dados são massivamente gerados e computados por governos, empresas e pessoas criam novos paradigmas na era digital capazes de modificar profundamente as dinâmicas entre seus agentes. Esses dados são essenciais para tecnologias digitais de rápido desenvolvimento como análise de dados, Inteligência Artificial (IA), *blockchain*, Internet das Coisas (*IoT*), computação em nuvem e demais serviços que dependam do acesso à internet, tornando-se um recurso econômico fundamental no comércio internacional (UNCTAD, 2021, p. 3). Para Li e Chi (2020, p. 2):

[...] os dados determinam o poder e a exatidão globais de um algoritmo e, por conseguinte, são vitais para a competitividade da empresa. Ao recolher dados de utilizadores e de terceiros, as plataformas online têm uma vantagem competitiva nos dados alimentados pelo efeito de rede e pelo ciclo virtuoso entre os dados e os algoritmos de IA.

De acordo com Ciuriak (2018, *s.p.*), a transformação digital está criando um novo tipo de economia alimentada pela alta quantidade de pessoas e máquinas conectadas digitalmente. Os dispositivos que captam estes dados incluem computadores, smartphones e plataformas de redes sociais bem como “*fitbits*, monitores de vigilância em edifícios e satélites, sensores em condutores e chips em equipamentos inteligentes de todos os tipos, de carros a tratores e geladeiras”. Como consequência, a existência onipresente destes dispositivos possibilita a ‘datificação’ de aspectos da vida política, econômica e social.

O desenvolvimento de redes sociais e o simples acesso à internet tornam o usuário em um produtor de dados assim como o conjunto de objetos e aparelhos cujo estado pode ser alterado por meio da rede. Sensores utilizados para monitorar saúde, localização, atividades, processos produtivos e eficiência de serviços são fundamentais para abastecer bancos de dados com conteúdos a serem explorados. Assim, a análise do *big data*²³ por meio de técnicas e ferramentas para processar e interpretar grandes volumes de dados pode ser utilizada para

²³ O *big data*, de acordo com a *Mckinsey Global Institute* (2011, p.6) refere-se ao “conjunto de dados cujo tamanho está além da capacidade de ferramentas de software de bancos de dados típicas para capturar, armazenar gerenciar e analisar”.

inferir relações, estabelecer dependências bem como efetuar previsões de resultados e comportamentos (OCDE, 2017, p. 24).

O investimento de empresas em bens e serviços por meio de Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC) representa condição importante para o aumento de produtividade e um fator de crescimento de mercados. A inovação digital cria novos modelos de negócios e de mercados, permite aplicações em diferentes setores e áreas e impulsiona a transformação socioeconômica, incluindo emprego e comércio. Desse fenômeno surgem novos produtos digitais e cada vez mais serviços são prestados ou comercializados por meio de plataformas *online* (OCDE, 2017, p. 196-197). Por produto digital, compreende-se qualquer bem ou serviço disponível por meio do uso de tecnologia digital e, por comércio digital, a transmissão transfronteiriça ou não de bens e serviços por meios eletrônicos (CELLI JUNIOR, 2020, p. 393). Tais definições são necessárias para compreender o papel das empresas nas CGV, que dispõem de rápida e eficiente transferência de dados entre países (MITCHELL; MISHRA, 2019, p. 3).

A economia digital baseada em dados introduziu uma nova forma de interdependência entre comércio e desenvolvimento por meio de fluxos transfronteiriços de dados. O ambiente digital ao mesmo tempo em que se utiliza de princípios e parâmetros da economia convencional, proporciona dinâmicas inéditas ao comércio internacional (UNCTAD, 2021, p. 3). O valor de troca dos dados por vezes é o dado em si ou o subproduto das interações digitais. Dados comercializados além das fronteiras ocorrem na maior parte das vezes por uma nova forma de transação: de um lado são oferecidos serviços ‘gratuitos’; do outro, coleta-se dados dos usuários como produtos ou subprodutos. Nessa interação, o valor de troca escapa das tradicionais estatísticas comerciais já que não se capta os impactos da ‘datificação’ na economia e nos fatores de produção (CIURIAK 2018, *s.p.*).

Quando combinados aos algoritmos e à capacidade de processamento de grandes empresas de tecnologia²⁴, os dados dos usuários servem de matéria prima para o aprendizado de máquinas e da inteligência artificial. A velocidade da economia digital demanda que os dados sejam estruturados, numerosos, valiosos e confiáveis, necessitando de análise em tempo real sob o risco de rapidamente se tornarem obsoletos (DUARTE, 2020, p. 38-39). Para compreender a dimensão do fenômeno, a OCDE (2017, p. 202) destaca que mais dados são

²⁴ Expressão traduzida de: *Big techs*.

gerados por semana do que em todo último milênio e que as implicações do *big data* para a economia e sociedade são colossais.

Conforme apontado por Sultana *et al* (2021, p.166), as mudanças nos modelos de negócio decorrem do avanço das TIC, do crescimento de investimento em *Big Data* e IA, das fortes capacidades de gestão, análise e governança de dados, da aplicação de máquinas inteligentes, do alinhamento organizacional e *compliance* cultural. Qualquer tipo de dado utilizado para o processo de inovação com o objetivo de criar valor é considerada inovação baseada em dados, que por sua vez, “[...] oferece aplicações inovadoras com benefícios estratégicos derivados da análise de dados, em que a realização de análises conduz a desempenhos organizacionais específicos e a processos de tomada de decisões” (SULTANA *et al*, 2021, p. 167).

A exponencialidade da produção de dados acompanha a capacidade de explorá-los por meio de novas tecnologias. Essa combinação foi capaz de transformar a economia e gerar um ponto de inflexão: a era da economia baseada em conhecimento (*knowledge-based economy*) se transformou na era da economia baseada em dados (*data-driven economy*). Em ambos modelos, a estrutura econômica em escala permite o desenvolvimento de mercados concentrados, altamente rentáveis e capazes de criar incentivos para comportamentos estratégicos, incluindo políticas comerciais. Exemplificadamente, “se o ambiente tecnológico permitir que o custo marginal de servir clientes adicionais desça para níveis muito baixos, a distorção da quota de mercado e a captura de rendas pelos fornecedores com uma vantagem de qualidade podem ser extremas”. A lógica deste tipo de estrutura econômica é ‘o vencedor leva a maior parte’ (*winner take most*). Na visão de Ciuriak (2018, *s.p.*), as economias de escala baseadas em dados tendem ao surgimento de monopólios naturais e o uso intensivo da propriedade intelectual para proteger suas estruturas viabiliza na concentração destes mercados²⁵.

O custo do investimento inicial para captar, reunir e processar dados é elevado, entretanto o custo para expansão dos ativos de dados é proporcionalmente muito baixo. Grande parte dos dados recolhidos são subprodutos de atividades que se utilizam de infraestruturas

²⁵ De forma complementar, o autor conclui que “a tendência para a concentração das estruturas de mercado e o consequente comportamento estratégico das empresas criam novos contextos factuais para a política de concorrência na esfera nacional e para a política de investimento direto estrangeiro no domínio internacional” (CIURIAK, 2018, *s.p.*).

digitais, em que o custo da expansão do capital de dados é basicamente o custo da expansão da capacidade de armazenamento. Para esses dados, o custo de distribuição de produtos digitalizados também é muito baixo, pois os custos de produção de produtos digitais são nulos ou quase nulos e um comércio global e digitalizado quase sem atritos permite que as empresas mais eficientes capturem as maiores quotas do mercado (CIURIAK 2018, s.p.).

O acesso superior aos dados e a capacidade de explorá-lo deu origem a um pequeno número de ‘empresas *superstars*’ (*superstar firms*). Fast *et al* (2023, p.202) demonstra como os dados se tornaram um recurso que cria valor para empresas e sociedades, entretanto apresenta as controvérsias acerca de seus benefícios econômicos sob as lentes do direito antitruste: “[...] empresas superstar estabeleceram um poder de mercado significativo com base nos seus recursos de dados, o que pode impedir a concorrência efetiva e a inovação nos mercados digitais”. Estas preocupações suscitaram debates sobre a necessidade de regulamentação das tecnologias da informação nos mercados digitais, inclusive a União Europeia recentemente chegou a um acordo sobre a Lei dos Serviços Digitais (*Digital Services Act*) e a Lei dos Mercados Digitais (*Digital Markets Act*), que tratam sobre o poder de mercado das empresas de tecnologia²⁶.

O acesso às redes digitais representa a base técnica para promover a transformação digital, entretanto, por si só, não garante uma utilização efetiva (OCDE, 2017, p. 29). Enquanto as profundas mudanças econômicas podem repercutir positivamente para outros países por meio da difusão de conhecimento e da criação de novas indústrias ou mercados, podem ao mesmo tempo distorcer o comércio internacional, desviar investimentos e beneficiar uma economia em detrimento de outras. De acordo com a Organização Mundial do Comércio (OMC, 2020, p.20), há uma dupla demanda, com o desenvolvimento tecnológico e digital, incentivos à intervenção do Estado parecem aumentar em contraste ao aprofundamento da interdependência econômica mundial, portanto o desafio é conceber políticas industriais compatíveis com a abertura comercial, equilibrando interesses nacionais e globais dos países.

2.2.2 Implicações dos dados para o desenvolvimento econômico

²⁶ Opositores às propostas de regulamentação argumentam que “a regulamentação da partilha de dados pode pôr em perigo a inovação nos mercados digitais e que os aspectos técnicos e os custos da regulamentação relativos às TI subjacentes devem ser considerados pelos reguladores” (FAST *et al*, 2023, p.202).

Análises sobre fluxo de dados se relacionam diretamente ao apoio de empresas com grandes fluxos de dados. Por sua vez, a origem geográfica e linguística de autores que tratam sobre o assunto é majoritariamente composta por autores anglófonos e de países desenvolvidos. A regulamentação é motivada pela necessidade de garantir vantagens competitivas aos atores nacionais e a pesquisa se correlaciona a esta preocupação, portanto, “uma vez que os países desenvolvidos dominam a investigação, existem relativamente poucos exemplos de publicações que se centram na perspectiva do desenvolvimento dos fluxos de dados”. Na economia baseada em dados, países em desenvolvimento são mais consumidores do que produtores enquanto que países desenvolvidos usufruem de vantagens na criação de valor e conhecimento sobre dados que fluem livremente entre as fronteiras (UNCTAD, 2021, p. 58-59).

Em razão das proporções da internet, pertencendo a todas pessoas em todos Estados, não há uma entidade capaz de controlar suas regras, processos e mecanismos. Entretanto, esforços para criar regulações e princípios que tratem sobre transparência e serviços que utilizam TICs se tornaram relevantes pautas do comércio internacional. De fato, “[...] acordos e políticas comerciais se tornaram uma fonte importante de regras que regem os fluxos de informação transfronteiriços por várias razões”, dentre elas: a ‘viagem’ de dados e informações para além das fronteiras ser resultado de uma transação; o grande potencial de crescimento no comércio eletrônico internacional; e os objetivos de atores internacionais, como Estados Unidos (EUA) e União Europeia (UE) de proteger a competitividade de suas empresas e aumentar quotas de mercado. Em síntese, é reconhecida a necessidade de criar regulamentos globais com força e legitimidade internacional (AARONSON; MAXIM, 2013, p. 282).

O desenvolvimento de estruturas sobre governança de dados a nível mundial pode ser um desafio para países em desenvolvimento, sendo que muitos carecem de normas e infraestruturas adequadas para uma economia baseada em dados²⁷. De tal maneira, “sem um plano a nível nacional, é difícil para os decisores políticos tomar uma posição no debate internacional e, por exemplo, apoiar o desenvolvimento de normas interoperáveis que permitam aos países prosseguir as suas próprias estratégias” (UNCTAD, 2021, p. 59).

²⁷ O Relatório do Banco Mundial (2021, p.5) indica que “muitos países pobres são incapazes de monitorar com precisão suas finanças públicas, produzir relatórios sobre sua dívida externa ou acompanhar o cumprimento de suas metas de desenvolvimento. Sem tais dados, reduz-se a capacidade de cobrar responsabilidade dos governos e monitorar o progresso”.

Aguerre (2019, p. 7) descreve desconfianças de países em desenvolvimento para aderir a regulamentos internacionais elaborados por países desenvolvidos. No caso da América Latina, a autora explica que a exemplo da governança global sobre propriedade intelectual, criou-se debates em torno dos acordos de livre comércio - isso, porque “a aceitação pelos países em desenvolvimento do acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS) não se baseou em quaisquer provas sobre os benefícios que este poderia trazer às suas economias”. Ressoa entre a sociedade civil a noção de que as disposições acerca da propriedade intelectual foram criadas por países desenvolvidos e impostas aos países em desenvolvimento, que praticamente não tiveram margem para negociação. Inclusive, Aaronson e Leblond (2018, p. 1) reconhecem imperativos de ‘Reinos Digitais’ que regulam os fluxos de dados no comércio internacional, defendendo que cidadãos de países em desenvolvimento tenham a chance de moldar as regras e de influenciar como empresas deveriam utilizar dados.

Países em desenvolvimento por vezes são forçados a se alinhar com abordagens que defendam o livre fluxo de dados por terem menor poder de negociação. O Banco Mundial (2021, p. 5) destaca que a governança de dados é intensamente debatida nas economias avançadas e nos grandes mercados emergentes, entretanto um dos grandes desafios concerne ao “ponto de vista dos países de renda mais baixa, geralmente ausente desses debates globais” e que “precisa ser ouvido com urgência”.

É evidente que há diferenças entre o grau de preparação dos países, entretanto as formas como países em desenvolvimento podem ser afetados com regulamentações elaboradas por países desenvolvidos ainda não são amplamente discutidas. Ao passo em que a economia digital exige capacidades e meios financeiros para se desenvolver, países em desenvolvimento que ainda não são capazes de impulsionar o próprio desenvolvimento na era digital se tornam dependentes daqueles que lideram a economia mundial. Isto é, “este chamado colonialismo digital envolve ações de grandes empresas tecnológicas para moldar o debate político a seu favor através de lobbies, investimentos em infraestruturas e doações de hardware e software aos países em desenvolvimento” (UNCTAD, 2021, p. 59-60)²⁸. Apesar da característica da intangibilidade, não se deve considerar que dados são entidades etéreas: somente ocorrem

²⁸ Para definir colonialismo digital, Avila (2020, p.47) explica como “a aplicação do poder imperial sobre um vasto número de pessoas, que assume a forma de regras, projetos, línguas, culturas e sistemas de crenças que servem os interesses das potências dominantes”.

porque são transmitidos e armazenados em infraestruturas físicas e necessitam de suporte físico²⁹, o que corrobora no distanciamento entre países estruturados que alavancam aplicações em bolsas de valores e capitalizam seus mercados e países que não comportam tais investimentos (UNCTAD, 2021, p. 35).

O discurso predominante é o da defesa do livre fluxo de dados no comércio internacional sob o argumento de que quando são restritos, reduz-se o acesso à informação e, conseqüentemente, o crescimento econômico, a produtividade e a inovação. Sem progressos significativos nas tratativas sobre comércio digital na OMC, países negociam Acordos de Livre Comércio (ALC) individualmente, incluindo dispositivos que tratam sobre os fluxos transfronteiriços de dados (AARONSON, 2018, p. 4-8). Os Estados Unidos, por exemplo, defendem a padronização de regras comerciais que facilitem o livre fluxo de dados a partir de uma abordagem mista baseada na autorregulação de empresas e na legislação nacional (AARONSON; MAXIM, 2013, p. 281). A União Europeia também se aproxima da utilização de disposições vinculativas sobre os fluxos de dados nos acordos de comércio e investimento: para a Comissão Europeia, as partes devem se comprometer a assegurar os fluxos transfronteiriços de dados para facilitar o comércio na economia digital (CE, 2018). Sob outra perspectiva, a China se apoia sobre seu grande mercado e restringe o livre fluxo de dados dentro e fora do país como forma de promover estabilidade social e manter a influência do Partido Comunista Chinês (AARONSON, 2018, p. 10).

A era digital permite que empresas, principalmente do mundo industrializado, captem e utilizem a infinidade de dados produzidos diariamente e, apesar de representar grande parte do atual comércio internacional, não existe consenso sobre como esses devem ser regulamentados. Nesse cenário, muitas nações não estão preparadas ou não são capazes de aprofundar regras relativas à liberdade comercial, privacidade ou estabilidade social e acabam longe das discussões sobre o mercado internacional de dados – espaço dominado por países desenvolvidos e grandes empresas de tecnologia. Por fim, para que os fluxos de dados sejam incentivados, é preciso que a política comercial considere a realidade de países em desenvolvimento como forma de evitar protecionismos digitais (AARONSON, 2018, p. 16-17). Outrossim, vislumbra-se os fluxos de dados sob a perspectiva mercadológica.

²⁹ Como Banda larga móvel 5G, cabos submarinos, satélites, pontos de troca de tráfego na Internet e mercados de computação em nuvem e centros de dados.

2.3 FLUXO DE DADOS COMO MERCADORIA

Nesta etapa, apresenta-se elementos que aproximam os conceitos de fluxos de dados estudados anteriormente aos de mercadoria sob a égide de Karl Polanyi. Para isso, utiliza-se principalmente da obra *A Grande Transformação: as origens da nossa época* - como norte para identificar o conceito de mercadoria para, em seguida, averiguar se dados podem ser reconhecidos como um ativo econômico.

A priori, dados individuais não possuem valor porque apenas se materializam após serem agregados, processados e utilizados, dados individuais representam um valor potencial. Dependendo do tipo de dado, estes se tornam mais valiosos quando associados com outros dados complementares, sendo que o seu valor agregado tende a ser maior que a soma dos valores individuais (UNCTAD, 2021, p. 6). O valor reside na sua utilização, portanto, “quanto mais pormenorizados e granulares forem os dados, maior será o número de finalidades para que podem ser utilizados, uma vez que podem ser filtrados, agregados e combinados de diferentes formas para proporcionar diferentes perspectivas” (COYLE *et al.*, 2020, p.8).

Para se obter o valor dos dados, considera-se o dado colhido em sua forma bruta aliado à sua utilização nos mercados de produtos de dados. A forma de diferenciar cada etapa não é clara porque carecem de informações sobre as métricas para se chegar ao dado com valor agregado. O que se pode destacar é a importância do valor agregado nos processos de produção dos dados para o desenvolvimento econômico tanto de países quanto de empresas (UNCTAD, 2021, p.18).

2.3.1 O conceito de mercadorias fictícias para Karl Polanyi

Conforme Stelzer (2018, p.39), “o fim do padrão ouro (em 1914) representou uma desintegração tão marcante que influenciaria [...] o colapso de 1929 e o leito sobre o qual se deitaram as normas do comércio internacional, criadas após o encerramento da Segunda Grande Guerra”. Sob tal cenário, a obra de Polanyi foi escrita durante a Segunda Guerra Mundial realçando os impactos da economia de mercado para a aspectos da vida econômico-social.

Polanyi inicialmente identifica componentes históricos e antropológicos que formaram a ordem econômica, descrevendo aspectos do mercado auto-regulável e das mercadorias fictícias. A metodologia utilizada consiste na comparação por contraste: o autor “identifica as

diferenças mais profundas entre a sociedade capitalista moderna, por um lado, e tribos da polinésia ou sociedades pré-capitalistas europeias – da antiguidade greco-romana e feudal –, por outro” (FIANI, 2009, p. 239). Neste intuito, observa diferenças entre a sociedades pré-capitalistas e a economia de mercado moderna, pois “em vez de a economia estar embutida nas relações sociais, são as relações sociais que estão embutidas no sistema econômico” (POLANYI, 2000, p. 77). Para o autor, mercados são acessórios da vida econômica e, como regra, o sistema social absorve o sistema econômico. Isso significa que independente do princípio de comportamento predominante na economia, o padrão de mercado sempre será compatível com o sistema econômico e, em razão disso, os mercados tendem a crescer de forma conjunta às regulamentações (POLANYI, 2000, p.89).

Para Polanyi (2000, p.89), “uma economia de mercado é um sistema econômico, controlado, regulado e dirigido apenas por mercados; a ordem na produção e distribuição dos bens é confiada a esse mecanismo auto-regulável”. Existem mercados para todos componentes da indústria, sejam bens, trabalho, terra ou dinheiro, dos quais formarão preços respectivos a: mercadorias, salários, aluguel ou juros. Assim, dos preços, forma-se a renda que somente será possível por meio das vendas. A economia de mercado somente existe em uma sociedade de mercado então incluir componentes da indústria (trabalho, terra e dinheiro) ao mecanismo de mercado representa “subordinar a substância da própria sociedade às leis do mercado” (POLANYI, 2000, p.93).

Torna-se oportuno esclarecer que, por mercadorias, compreende-se o objeto produzido para venda no mercado e a partir desse conceito que o mecanismo do mercado se une aos elementos da vida industrial. De maneira resumida, Polanyi (2000, p.93-94) complementa:

É com a ajuda do conceito de mercadoria que o mecanismo do mercado se engrena aos vários elementos da vida industrial. As mercadorias são aqui definidas, empiricamente, como objetos produzidos para a venda no mercado; por outro lado, os mercados são definidos empiricamente como contratos reais entre compradores e vendedores. Assim, cada componente da indústria aparece como algo produzido para a venda, pois só então pode estar sujeito ao mecanismo da oferta e procura, com intermediação do preço. Na prática, isto significa que deve haver mercado para cada um dos elementos da indústria; que nesses mercados cada um desses elementos é organizado num grupo de oferta e procura. (POLANYI, 2000, p. 93)

Nesses termos, o conceito de mercadoria é central para a organização da sociedade: o mercado subordina atividades como terra (meio ambiente), trabalho (seres humanos) e dinheiro (meio de troca e crédito) à sobrevivência da sociedade moderna, transformando tudo que a

indústria precisa para suas atividades em mercadoria. Ocorre que, para Polanyi, a conversão em mercadoria dos elementos centrais da economia (terra, trabalho e moeda), na verdade, é uma falsa conversão (FIANI, 2009, p.240-241). Trabalho, terra e moeda são componentes utilizados para a venda e por isso suas descrições como mercadoria são fictícias, ou seja, não se constituem como uma mercadoria em si, mas a elas são equiparadas: são compradas e vendidas bem como ofertadas e demandadas no mercado de maneira plena. A ficção representa de fato um princípio organizador da sociedade, conforme esclarece Polanyi (2000, p. 94):

O ponto crucial é o seguinte: trabalho, terra e dinheiro são elementos essenciais da indústria. Eles também têm que ser organizados em mercados e, de fato, esses mercados formam uma parte absolutamente vital do sistema econômico. Todavia, o trabalho, a terra e o dinheiro obviamente não são mercadorias. O postulado de que tudo o que é comprado e vendido tem que ser produzido para a venda é enfaticamente irreal no que diz respeito a eles. Em outras palavras, de acordo com a definição empírica de uma mercadoria, eles não são mercadorias. Trabalho é apenas um outro nome para atividade humana que acompanha a própria vida que, por sua vez, não é produzida para venda mas por razões inteiramente diversas, e essa atividade não pode ser destacada do resto da vida, não pode ser armazenada ou mobilizada. Terra é apenas outro nome para a natureza, que não é produzida pelo homem. Finalmente, o dinheiro é apenas um símbolo do poder de compra e, como regra, ele não é produzido mas adquire vida através do mecanismo dos bancos e das finanças estatais. Nenhum deles é produzido para a venda. A descrição do trabalho, da terra e do dinheiro como mercadorias é inteiramente fictícia.

É por meio da ficção que os mercados do trabalho, da terra e do dinheiro são organizados, entretanto a oferta e a procura são magnitudes reais (POLANYI, 2000, p. 94). Por mais que o sistema capitalista organize a vida social e a sua relação com a natureza a partir de uma irrealidade, essa irrealidade repercute concretamente na sociedade (FIANI, 2009, p. 241). Polanyi (2000, p. 94) critica o mercado auto-regulável, informando riscos que mercadorias fictícias poderiam oferecer à sociedade: “permitir que o mecanismo de mercado seja o único dirigente do destino dos seres humanos e do seu ambiente natural, e até mesmo o árbitro da quantidade e do uso do poder de compra, resultaria no desmoronamento da sociedade”. Assim, o autor complementa:

Esta suposta mercadoria, a “força de trabalho”, não pode ser impelida, usada indiscriminadamente, ou até mesmo não utilizada, sem afetar também o indivíduo humano que acontece de ser o portador dessa mercadoria peculiar. Ao dispor da força de trabalho de um homem, o sistema disporia também, incidentalmente, da entidade física, psicológica e moral do “homem” ligado a essa etiqueta. Despojados da cobertura protetora das instituições culturais, os seres humanos sucumbiriam sob os efeitos do abandono social; morreriam vítimas de um agudo transtorno social, através do vício, da perversão, do crime e da fome. A natureza seria reduzida aos seus elementos mínimos, conspurcadas as paisagens e os arredores, poluídos os rios, a segurança militar ameaçada e destruído o poder de produzir alimentos e matérias-primas. Finalmente, a administração do poder de compra por parte do mercado liquidaria empresas periodicamente, pois as faltas e excessos de dinheiro seriam tão

desastrosos para os negócios como as enchentes e as secas nas sociedades primitivas (POLANYI, 2000, p. 94-95).

A ênfase na crítica direcionada ao mercado auto-regulável ocorre em virtude dos riscos que interesses e flutuações econômicas podem ocasionar nos laços sociais e, conseqüentemente, na própria sobrevivência da sociedade. Polanyi identifica que no período em que a grande indústria se consolidou a partir do século XIX, movimentos sociais paralelos contrários a ameaça que os mercados auto-regulados e o seu controle sobre as mercadorias fictícias representavam (FIANI, 2009, p. 242). Enquanto os mercados “se difundiam sobre toda a face do globo e a quantidade de bens envolvidos assumiu proporções inacreditáveis (POLANYI, 2000, p. 98)”, medidas políticas “se integravam em poderosas instituições destinadas a cercear a ação do mercado relativa ao trabalho, à terra e ao dinheiro” (POLANYI, 2000, p. 98).

Polanyi observa a sociedade moderna como um experimento histórico sujeita a altos riscos em razão da falta de controle da sociedade sobre as relações econômicas que se tornaram autônomas nos mercados. Ulteriormente, o autor não atribui às mercadorias e às mercadorias fictícias como aspectos consolidados ou inquestionáveis na sociedade (FIANI, 2009, p.243). Cabe indagar, portanto, em que medida os fluxos de dados representam uma mercadoria no mundo contemporâneo, tendo em vista suas características econômicas e valorativas.

2.3.2 Revisão da literatura sobre o valor dos dados

A dimensão do estudo sobre a natureza dos dados e do seu valor se intensificou com a acentuada criação, disponibilidade e acesso aos próprios dados. Ao se questionar qual é o valor dos dados, existe amplo consenso literário sobre suas contribuições econômicas no comércio digital, entretanto emergem incertezas metodológicas acerca dos critérios utilizados para se fazer esse tipo de avaliação (WDOWIN; DIEPEVEEN, 2020, p.1). A categorização do valor dos dados pode ser complexa e dependente do contexto em que é avaliado (Short e Todd, 2017). Parte da literatura acadêmica se concentra na análise de áreas específicas, como saúde, publicidade, mobilidade, serviços públicos, entre outros, de forma a distinguir diferentes critérios de avaliação. Para Mandel (2012), isso ocorre porque dados são um ativo intangível que não se equiparam a bens ou serviços, mas podem apresentar características de ambos. Já para Savona (2019, p.6), o entendimento de dados como um ativo intangível ainda não é amplamente investigado pela literatura.

O sistema de classificação de dados integra diferentes abordagens metodológicas em que alguns modelos se destacam. O primeiro deles é apresentado no relatório elaborado pela Statistics Canada (2019, p. 13) que considera a divisão da cadeia de valor da informação para medi-la e avaliá-la em uma estrutura lógica e organizada em categorias exclusivas e exaustivas, a exemplo de profissões, crimes, doenças, indústrias e produtos. Assim, seria possível agrupar a informação de acordo com o que ela representa (exemplo: dados meteorológicos, dados desportivos, dados econômicos) e classificar a informação com base nas aplicações ou serviços que presta, isso é: previsão meteorológica, transmissão de notícias desportivas ou informação ao público sobre a economia.

No relatório elaborado pela *PricewaterhouseCoopers* (PwC, 2019, p. 3), dados são divididos em cinco categorias associadas ao seu conteúdo informacional, sendo: Dados principais (*Master data*), para descrever pessoas, locais e coisas que são fundamentais para as operações de uma empresa; Dados transacionais (*Transactional data*) para descrever um evento interno ou externo de uma transação; Dados de referência (*Reference data*) que representa a informação utilizada apenas para efeitos de categorização de dados; Metadados (*Metadata*) para caracterizar outros dados, facilitando a sua recuperação, interpretação ou utilização; e Dados não estruturados (*Unstructured data*) que são os dados que não têm um formato ou sintaxe consistente para descrever objetos e atributos. Para essas categorias, apresenta-se três métodos de valoração relacionados à receita, ao mercado e ao custo.

Independente da classificação, a literatura reconhece os diversos benefícios³⁰ que o uso de dados pode oferecer como promotor da inovação, bem-estar social e prestação de serviços públicos. Para o McKinsey Global Institute (MGI, 2013, p. 1), dados líquidos³¹ detêm potencial de criar valores econômicos, que podem: (I) melhorar eficiência e eficácia de processos existentes; (II) possibilitar novos produtos, serviços e mercados; e, (III) criar valor para consumidores individuais e cidadãos. O instituto considera que esse é um momento crítico para o estudo do impacto econômico dos dados abertos porque “a procura de conhecimentos baseados em dados se cruza com a abertura de mais dados e com os rápidos avanços nas capacidades analíticas que acompanham a adoção de grandes volumes de dados”. Na medida

³⁰ Em que pese os benefícios listados, o *McKinsey Global Institute* faz a ressalva de que as vantagens estão atreladas a preocupações relacionadas à privacidade, à segurança e a aspectos econômicos e, portanto, devem ser analisadas de forma ponderada (MGI, 2013, p.2).

³¹ O termo se refere a dados “abertos, amplamente disponíveis e em formatos partilháveis” (MGI, 2013, p.1).

em que os dados se tornam mais líquidos, indivíduos e organizações se aproveitam dos dados para gerar valor. “A amplitude e a diversidade da informação em fontes abertas podem fazer dos dados abertos uma fonte altamente rentável de conhecimentos críticos em muitos mercados” (MGI, 2013, p. 2).

A maioria dos estudos que abordam a valoração dos dados está diretamente associada às avaliações de mercado ou ao valor de transações. Para Short e Todd (2017), os componentes nos quais o valor se baseia envolvem fatores como: tipo e frequência de uso, conteúdo, idade, autor, histórico, reputação, custo de criação, potencial de receita, requisitos de segurança e importância jurídica.

Quanto mais exclusivo for o conjunto de dados, mais valioso ele se torna. O mesmo se aplica a outros indicadores que demonstram como o valor dos dados se acumula. É o caso da atualidade dos dados: nem todos dados precisam ser recentes para obterem valor, entretanto, via de regra, quanto mais atual, mais valioso. A precisão também é uma forma de valoração: refere-se ao grau em que os dados representam e descrevem a realidade, considerando que a origem da informação permite a compreensão do histórico dos dados e a identificação de eventuais erros. Dados mais completos geralmente reduzem distorções e formação de viés sobre a informação, assim como dados mais consistentes confirmam a sintaxe da sua definição e, assim, se tornam mais valiosos. A utilização menos restrita de dados, a acessibilidade e a interoperabilidade para os consumidores, também são indicativos de valoração, quanto mais presentes, maior o valor final. As características que atribuem valor aos dados são sintetizadas a partir de oito indicadores, sendo: a exclusividade, a atualidade, a precisão, a integridade, a consistência, as restrições de uso, a interoperabilidade, as responsabilidades e o risco (PwC, 2019, p. 5).

Em estudo realizado pela MIT Sloan Management em conjunto com a IBM Institute for Business Value, concluiu-se que a análise de dados oferece valor e é utilizada cinco vezes mais por organizações com melhor desempenho no mercado (LaValle et al., 2011). Para Slotin (2018), as metodologias para medir o valor dos dados se resumem em abordagens baseadas: (I) nos custos - valor determinado com base no custo de produção dos dados; (II) no mercado - valor determinado com base no preço de mercado de produtos equivalentes ou na vontade de pagar dos utilizadores; (III) no rendimento - valor definido por meio da estimativa dos fluxos de caixa futuros que podem ser derivados dos dados; (IV) na monetização de benefícios - valor

estimado definindo os benefícios de determinados produtos de dados, como um censo, e depois monetizando os benefícios; e, (IV) no impacto - valor determinado avaliando o efeito causal da disponibilidade dos dados nos resultados econômicos e sociais. Após a análise das abordagens, a principal conclusão do estudo prestado ao The Global Partnership for Sustainable Development revela que não há consenso sobre o método mais adequado para se medir o valor dos dados.

Wdowin e Diepeveen (2020, p. 9-10) apresentam o conceito de cadeia de valores dos dados desenvolvido por Chloe Mawer (2015) e indica etapas em que os dados podem valorados, sendo respectivamente: dados brutos, dados processados, dados integrados, análise, ideias práticas, ação e valor (potencial)³². O valor aumenta à medida que os dados se deslocam na cadeia de valor e a valoração depende do ponto da cadeia em que os dados se encontram, isso é, dados com valor potencial agregam mais valor do que dados brutos. Nessa sistemática, a natureza dos dados não precisa completar a cadeia para gerar valor assim como não necessariamente os dados apresentam valor somente por estarem dentro da cadeia, na verdade, corre-se o risco de os dados não apresentarem valor em absoluto. Grande parte da discussão acerca da valoração dos dados é baseada em avaliações do mercado e atualmente carecem de avaliações baseadas em valores públicos ou sociais³³.

Compreende-se que a literatura sobre a valoração de dados contribui para discussões relacionadas à forma com que dados adquirem valor, à natureza desses dados e ao porquê de adquirirem valor, entretanto, atualmente existem mais perguntas do que respostas e, de acordo com Wdowin e Diepeveen (2020, p. 19) há necessidade de explorar o assunto a partir de diferentes abordagens. Para a autora, é preciso compreender a categorização de dados de forma mais sistemática e a forma com que os dados podem ser categorizados. Além disso, é escassa a literatura que trata sobre as relações entre: (I) valor criado pelo volume de dados e o conteúdo desses dados; e, (II) impactos positivos ou negativos que resultam da interação de conjuntos de dados. Desta forma, existem lacunas e oportunidades³⁴ da literatura para se explorar potenciais

³² Traduzido das expressões: *raw data, processed data, integrated data, analysis, actionable insights, action, (potencial) value*.

³³ Outro aspecto discutido na valoração se refere a importância e crescente aplicação do *machine learning* na criação de novos serviços e utilidades bem como novos fluxos e receitas decorrentes de dados (WDOWIN; DIEPEVEEN, 2020, p. 19).

³⁴ Neste ponto, vale mencionar contextos específicos que tratam sobre as potenciais consequências do valor dos dados citados por Wdowin e Diepeveen (2020, p.19), como: intercâmbio versus e partilha de dados; o grau e a

consequências do valor dos dados, assim, a valoração de dados ainda é alvo de intensos debates e não há consenso sobre a metodologia mais adequada de ser utilizada.

2.3.3 Características econômicas dos dados

Diversas taxonomias³⁵ detalham categorias para a valoração dos dados, entretanto quando se considera o aspecto econômico, deve-se ter em mente que dados podem representar um ativo intangível e, portanto, tais classificações não são capazes de enquadrá-las perfeitamente. Deve-se considerar ainda a característica da não rivalidade³⁶ dos dados, isto é, a capacidade de usar os mesmos dados sem serem esgotados, determinando que dados podem ser bem público³⁷ ou bem clube³⁸ (COYLE *et al*, 2020, p. 4). Em síntese, a excludabilidade é o que difere entre um e outro - o dado é um bem público, mas pode se tornar um bem clube quando seu acesso é limitado:

Os dados são intangíveis e não rivais, o que significa que muitas pessoas podem utilizar os mesmos dados simultaneamente, ou ao longo do tempo, sem que estes se esgotem. Ao mesmo tempo, o acesso aos dados pode ser limitado por meios técnicos ou legais, o que resulta em diferentes graus de exclusão. Em termos técnicos, os dados podem ser um bem público, um bem privado ou um bem de clube (quando o acesso aos mesmos é concedido apenas a um grupo de pessoas (UNCTAD, 2021, p. 6).

Economicamente, dados podem envolver externalidades positivas ou negativas que interferem no seu valor: “o valor agregado pode frequentemente ser superior à soma dos valores individuais, mas por vezes pode haver retornos crescentes para a recolha de mais dados e, por vezes, retornos decrescentes” (COYLE *et al*, 2020, p. 6). Integrar conjuntos de dados pode valer

potencial substituíbilidade dos conjuntos de dados; e diferenças entre as vendas de dados *ex ante* (estruturas de informação) e *ex post* (realizações de dados concretos) (Bergemann; Bonatti, 2018).

³⁵ Conforme descrito por Coyle *et al* (2020, p.4), as classificações podem ser apresentadas tendo como referência: (I) características (OCDE 2013) - sensibilidade; matéria; objetivo; contexto; identificabilidade; e coleta (indireta); (II) origem (OCDE 2013) - fornecidos; observados; derivados; e inferidos; (III) uso (Junta Comercial Nacional Sueca 2014) - Corporativo; B2C; recursos humanos; B2B e técnico; e (IV) atributo (Nguyen & Paczos 2018) - público ou privado; proprietários ou de domínio aberto/público; pessoais ou não pessoais; criados pelo utilizador/gerados por máquinas/administrativos; e criado ativa ou passivamente

³⁶ Em detalhes, Wdowin e Diepeveen (2020, p.15) explica que “a natureza não-rival dos dados dá origem a uma série de questões relacionadas com os direitos de propriedade e a propriedade dos dados (...), e a uma discussão mais aprofundada sobre as consequências da não-rivalidade para o estabelecimento dos direitos de utilização, exclusão e transferência de dados (...). A natureza não-rival dos dados pode levar as empresas a optar por acumular os dados que possuem (...). Nesta perspectiva, esta característica dos dados poderia, portanto, tornar-se inerentemente uma barreira à partilha de dados”.

³⁷ Por bem público, entende-se bens não rivais e não excluíveis, como: defesa nacional, ar, luz do sol, notícias, televisão pública, parques públicos, iluminação pública, faróis, etc (UNCTAD, 2021, p.6).

³⁸ Por bem clube, entende-se bens não rivais e excluíveis, como: Televisão por satélite, parques privados, cinemas, software protegido por direitos autorais, Internet de banda larga, serviços de streaming, etc (UNCTAD, 2021, p.6).

mais do que a soma linear de seus valores individuais visto que algoritmos de aprendizagem automática (*machine learning*) e modelos estatísticos ou matemáticos podem aumentar exponencialmente o valor de uma fonte de dados (ODSC, 2019, *s.p.*).

Apesar de dados não se deterioreem fisicamente ou não se esgotarem naturalmente, ao longo do tempo sua relevância, atualidade e uma série de outros fatores podem depreciá-los economicamente (WDOWIN; DIEPEVEEN, 2020, p. 15), dados e outros bens de informação são bens de experiência e seu valor só pode ser determinado após a sua utilização (ODSC, 2019, *s.p.*). Além disso, existem custos e riscos envolvidos na cadeia produtiva de dados - investimentos para coletar e limpar dados costumam ter custos iniciais altos, apesar do posterior custo marginal baixo (COYLE *et al*, 2020, p. 6).

Isto ocorre porque dados são ativos valorados ao longo do seu próprio uso, dados de uma única pessoa não são tão valiosos, entretanto a combinação de milhares de dados de pessoas amplia suas capacidades de uso e valoração, de tal forma, “dados brutos têm um número indefinido de possíveis utilizações finais que dependem do utilizador e da intenção, e que podem mudar com o tempo” (ODSC, 2019, *s.p.*). Em relatório, a Open Data Science (ODSC) revela a dinâmica entre a valoração dos dados e o mercado:

Se os dados são tão valiosos, porque é que tão poucas empresas os valorizam? Algumas tentam calcular um preço para os seus dados. Tentam perceber o que o mercado pagará por eles. Mas o valor dos dados nem sempre reside na sua venda. Veja-se o caso da Amazon e da Alibaba, por exemplo. Ambas as empresas procuram otimizar um mercado; ligar os clientes a uma procura ou a organizações que possam fornecer. Os consumidores individuais fornecem dados sobre o que querem e precisam. A Amazon e a Alibaba utilizam esses dados para fazer corresponder os consumidores aos fornecedores com os produtos e serviços certos. Também agregam os dados para fornecer informações sobre as tendências do mercado e os padrões de compras. Não vendem dados, pelo menos não como serviço principal, mas utilizam-nos extensivamente para otimizar os seus processos (ODSC, 2019, *s.p.*).

Para empresas que dependem deste mercado, o valor dos dados não é captado somente por meio de abordagem de preços, mas também por meio da otimização do seu próprio funcionamento (ODSC, 2019, *s.p.*). A análise de dados produz conhecimento que pode gerar benefícios sociais como um bem público, mas quando os dados são propriedades de entidades privadas o conhecimento se torna um bem privado (WDOWIN; DIEPEVEEN, 2020, p. 15). Diante da natureza econômica dos dados enquanto um ativo no comércio e na geração de valor para o funcionamento de empresas, parte-se para as análises de fluxo de dados como uma mercadoria no comércio internacional.

2.3.4 Dados como mercadoria

Contemporaneamente, na economia digital, dados surgem como recurso essencial em que conhecimento, propriedade intelectual e códigos digitais são centrais para a vantagem competitiva de empresas (HASKEL; WESTLAKE, 2017). Modelos de plataformas *online* se baseiam da análise de dados e, por meio dela, empresas aprimoram suas próprias capacidades de análise, o que gera mais dados e cria um círculo virtuoso de produção de dados (GAWER, 2014).

Em análise sobre o livre fluxo de dados, Hill (2018, *s.p.*) destaca que o viés se fluxos de dados são ou não considerados *commodities* reflete uma decisão política. Conforme anteriormente demonstrado, dados pessoais têm grande valor quando são colhidos e processados em grande escala, servindo como impulso para que grandes empresas monetizem a partir da prestação de serviços apresentados como gratuitos³⁹. Questões relacionadas ao fluxo de dados têm implicações diretas para empresas que lideram esse setor. Aliás, são precisamente essas as mesmas que compõem a lista das maiores empresas globais em capital de mercado em 2024⁴⁰. Políticas regulatórias relacionadas aos fluxos de dados variam de acordo com a posição de empresas no comércio internacional sendo que, no geral, países desenvolvidos defendem que dados devem fluir livremente e os consideram uma *commodity* quando defendem que não devem estar sujeitos a barreiras comerciais.

A definição de fluxo de dados como ativo econômico encontra respaldo nos conceitos de mercadoria elaborados na década de 1980. A argumentação de Polanyi perpassa a inserção de mercadoria fictícia à realidade econômica na qual, contemporaneamente, vislumbram-se os fluxos de dados. O papel dos fluxos de dados perpassa concepções econômicas e está diretamente relacionado ao aumento do PIB de países inseridos no comércio internacional, cenário em que surgem novas discussões relacionadas as trocas comerciais, a sua regulamentação e aos impactos de sua restrição (UNCTAD, 2021, p. 52-53). Polanyi critica o estabelecimento de um sistema de mercado auto-regulável, detalhando que uma economia dirigida apenas pelos preços de mercado representaria a destruição da organização social existente e, portanto, os mercados deveriam estar regulados como forma de resguardar a ordem econômica.

³⁹ Como motores de busca, redes sociais e aplicativos.

⁴⁰ Como Apple, Microsoft, Alphabet (Google), Amazon e Meta (Facebook).

O valor dos dados somente é materializado após ser agregado e transformado em produtos de dados dos quais são rentabilizados, o que os aproxima da definição de uma *commodity*. Assim, é o resultado do processamento de dados que pode ser monetizado e comercializado, sendo que menções aos mercados de dados na verdade se referem sobretudo aos mercados dos produtos destes dados (UNCTAD, 2021, p. 70). Dentre outras classificações, dados também são vistos como capital (SADOWSKI, 2019; TANG, 2021), como trabalho (ARRIETA-IBARRA *et al.*, 2018) ou, ainda, como bem público pelo fato de que parte da tecnologia utilizada pelas empresas resulta de investigações e efeitos de rede coletivos (MAZZUCATO, 2018). Independente da definição, na economia digital, dados geram vantagens competitivas e representam forte potência de mercado capaz de provocar desequilíbrios de poder e desigualdades econômicas (UNCTAD, 2021, p. 71).

Ocorre que, para Hill (2018, *s.p.*), na lógica dos países desenvolvidos, há uma inconsistência fundamental: “se os dados são considerados uma mercadoria, sujeita às regras de facilitação do comércio, por que razão não são também considerados uma mercadoria do ponto de vista da tributação?” Além disso, o autor demonstra a frequente comparação entre petróleo e dados no contexto das grandes corporações:

Ninguém espera que os proprietários do solo onde existe petróleo bruto forneçam o petróleo bruto gratuitamente às empresas que o refinam, lhe acrescentam valor e vendem os produtos derivados do petróleo bruto. E ninguém espera que o fluxo de petróleo escape aos impostos.

Além disso, questiona-se a razão pela qual os produtores da matéria-prima, isto é, os usuários finais que fornecem dados, não são justamente compensados pela sua utilização. Por certo, os usuários recebem contraprestações como serviços gratuitos em troca do fornecimento de dados, entretanto o valor destes serviços é ínfimo quando comparado ao valor dos dados – “nunca antes uma negociação comercial teve um número tão limitado de beneficiários”. Grandes empresas de tecnologia desfrutam de negócios altamente lucrativos ainda quando comparadas a indústrias extrativistas e, quando se analisa a relação com os usuários de dados, esses não recebem uma compensação adequada pela matéria-prima que fornecem: seus dados pessoais (HILL, 2018, *s.p.*).

Acima de tudo, Hill (2018, *s.p.*) trata fluxos de dados como matéria de direitos humanos, pois os efeitos relacionados vão além do comércio, podendo afetar desde a administração pública à saúde e do desenvolvimento à inovação. O autor vislumbra que atualmente muitos acordos comerciais servem para promover desregulamentação e redução de

normas de proteção de dados e da privacidade dos cidadãos, para garantir que grandes monopólios e grandes empresas de tecnologia disfrutem dos benefícios. Por meio de crítica acentuada, o autor comenta:

Os senhores dos dados, aqueles que têm o poder computacional para desenvolver produtos e serviços superiores a partir da aprendizagem automática e da inteligência artificial, querem ter a certeza de que nenhuma regulamentação nacional, nenhuma legislação em matéria de concorrência, privacidade ou proteção dos consumidores interferirá com os seus planos. Disfarçados de apoio ao acesso e à acessibilidade econômica, querem que todos se liguem o mais rapidamente possível. Fingindo oferecer oportunidades de crescimento, querem implantar e concentrar as suas plataformas, sistemas e conteúdos em todo o mundo. As medidas de execução serão codificadas em tecnologia, as fronteiras para a extração de dados serão esbatidas, a capacidade de regular e proteger os dados dos cidadãos será contestada por tribunais supranacionais, uma vez que as indústrias locais não podem competir e os postos de trabalho locais disparam. Se não nos mantivermos vigilantes, consolidaremos rapidamente esta colonização digital, um regime neo-feudal em que todas as regras são ditadas pelos gigantes da tecnologia, para serem obedecidas pelo resto de nós HILL, 2018, s.p.).

Empresas de plataformas digitais que dominam mercados da era digital têm investido altamente em capital organizacional para aproveitar as oportunidades econômicas pelo crescimento explosivo dos dados globais (LI; CHI, 2020, p. 4). Após analisar as características econômicas dos dados, a literatura e as metodologias que demonstram o valor dos dados, deve-se considerar que o fluxo de dados representa de fato um ativo no comércio internacional. Entretanto, para se considerar uma mercadoria, é preciso levar em conta fatores políticos que determinam diferentes dinâmicas que países desenvolvidos e em desenvolvimento enfrentam, sendo a regulamentação ou o livre fluxo um fator determinante para tal conceito. À luz de tais considerações, passa-se ao estudo da regulamentação dos fluxos de dados a partir dos principais instrumentos normativos no comércio internacional.

3 DESBRAVANDO FRONTEIRAS DIGITAIS: A EVOLUÇÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E A REGULAMENTAÇÃO DOS FLUXOS DE DADOS

A ligação entre o comércio internacional e os fluxos transfronteiriços de dados se revela cada vez mais profunda na era digital. Desde a criação do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e sua posterior evolução para a OMC, há um esforço no o sistema multilateral de comércio para liberalização e facilitação do comércio entre países.

Com a crescente dependência da transferência de dados para transações comerciais, nota-se o papel fundamental dos dados no comércio de informações, nos serviços digitais e no comércio eletrônico, o que garantiu a ascensão de políticas e regulamentações relacionadas ao tema.

No entanto, enquanto há um movimento em direção à progressiva liberalização das trocas comerciais por meio do sistema multilateral de comércio, também se reconhece a multiplicidade de implicações decorrentes das trocas de dados. Isso inclui a necessidade de lidar com questões regulatórias como leis de proteção de dados, acordos de transferência de dados e políticas de privacidade que influenciam diretamente no desenvolvimento econômico de países e nos direitos dos usuários que fornecem seus dados.

Assim, é essencial compreender o desenvolvimento do sistema multilateral de comércio para elucidar os principais mecanismos que orientam o comércio internacional. Da mesma forma, é fundamental examinar os acordos e regulamentações relacionados ao fluxo transfronteiriço de dados no comércio internacional para compreender como se materializa a relação entre as referidas regulamentações e as trocas comerciais.

3.1 A FORMAÇÃO DO SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO

De acordo com informações divulgadas até 2024, a OMC conta com 164 membros, dentre os quais se encontram 161 países divididos entre desenvolvidos e em desenvolvimento e 3 territórios aduaneiros independentes⁴¹. Desde a criação da organização em 1994, o comércio mundial mais que duplicou em volume real e, em termos de valor em dólares, quase quadruplicou. Qualitativamente, aponta-se a redução de tarifas no comércio mundial e a

⁴¹ Conforme Wieira (2021, p.39) explica, os três territórios aduaneiros independentes atuais correspondem Hong Kong, Macau e Taipei, todos com autonomia política e comercial e, apesar de estarem situados em território Chines, são considerados membros distintos deste país.

influência da organização na criação de empregos, no crescimento e no desenvolvimento de seus membros (OMC, 2024; WIEIRA, 2021, p. 28).

Para compreender a atuação da OMC na economia global, deve-se descrever primeiramente o histórico da formação do sistema multilateral de comércio para assim compreender a evolução dos valores e das diretrizes no comércio internacional. Para isso, volta-se à Carta do Atlântico, em 1942, documento assinado pelos 26 signatários da Declaração das Nações Unidas, com o objetivo de conduzir a organização econômica e política do pós-guerra com base na abertura comercial. Da união estabelecida, surgiram três frentes que resultaram na criação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), a criação das instituições de Bretton Woods e a criação de um sistema multilateral de comércio. Desta última, criou-se o projeto da Organização Internacional do Comércio (OIC) para discutir questões como restrições quantitativas, preferências e barreiras tarifárias (MOTA, 2005, p. 18; WIEIRA, 2021, p. 28-31).

A intenção original era criar uma terceira instituição para lidar com o lado comercial da cooperação econômica internacional, juntando-se às duas instituições de "Bretton Woods", o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. Mais de 50 países participaram das negociações para criar uma Organização Internacional do Comércio (OIC) como uma agência especializada das Nações Unidas. A minuta do Estatuto da OIT era ambiciosa. Ela ia além das disciplinas do comércio mundial e incluía regras sobre emprego, acordos de commodities, práticas comerciais restritivas, investimentos internacionais e serviços. O objetivo era criar a OIC em uma Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego em Havana, Cuba, em 1947 (OMC, 2024).

No entanto, mesmo objetivando a propagação do livre comércio, a criação da OIC contava com a participação de países em desenvolvimento que demandavam tratamento diferenciado como disposições protecionistas. Em razão disso, potências econômicas da época optaram por não ratificar o documento e com isto outro projeto que estava sendo negociado paralelamente ganhou maior destaque (MOTA, 2005, p. 18; WIEIRA, 2021, p. 28-31).

Em 1947, surge o GATT como modelo do comércio internacional que tinha como essência a ideia de que todos membros deveriam ser tratados de forma igualitária: “tal ideologia era transmitida por meio da cláusula do Tratamento Nacional e da Nação Mais Favorecida, que vetava o tratamento diferenciado à própria indústria e a outros países membros, ainda que em desenvolvimento” (WIEIRA, 2021, p. 32). Como consequência, apesar de países em desenvolvimento participarem do acordo, esses não tinham a mesma força de negociação que países desenvolvidos. Por ser um acordo sem maiores compromissos em estabelecer regras

justas, o GATT deixou de criar o equilíbrio necessário para o desenvolvimento. Os membros do acordo se comprometem a reduzir tarifas aduaneiras e outras barreiras não tarifárias, bem como eliminar o tratamento discriminatório com o fim de expandir o comércio internacional (WIEIRA, 2021, p. 34).

Para compreender a dimensão do acordo GATT, deve-se analisar tanto os princípios que o orientam quanto as motivações de países desenvolvidos e em desenvolvimento em aderir-lo. No mais, deve-se ter em mente que o acordo GATT contou com sete rodadas de negociação entre 1947 e 1994 que no final culminaram na criação da OMC. A partir de tais considerações, passa-se a análise do GATT e seus desdobramentos.

3.1.1 Explorando a Evolução do GATT: Marcos e Transformações no Comércio Global

O objetivo do GATT era promover a progressiva liberalização do comércio internacional, estabelecendo compromissos sobre tarifas e regras comerciais, sendo iniciativa criada para regular e integrar a economia global por meio do comércio (ALMEIDA FILHO, 2020, p. 68). Diversas “[...] regulamentações nacionais foram substituídas por uma de cunho mundial. Os Estados não deveriam intervir nesse processo de liberalização e, para tanto, seriam convencidos dos benefícios que o sistema trazia” (STELZER, 2018, p. 61)

O GATT de 1947 foi dividido em três partes, dentre as quais: a primeira previa uma das principais bases do acordo - a cláusula da Nação Mais Favorecida; a segunda, obrigações aduaneiras, subsídios, quotas, antidumping, eliminação das restrições quantitativas, bem como outra disposição basilar do sistema - a cláusula do Tratamento Nacional; já a terceira, previa questões procedimentais como regras de aceitação e sua entrada em vigor (JACKSON, 1999, p. 40).

Um “[...] acordo multilateral sem *status* de organização, desempenhou a função de governar o comércio internacional por quase cinquenta anos” (WIEIRA, 2021, p.35) e, apesar de o GATT defender a diminuição das barreiras tarifárias, alternativas como barreiras não tarifárias, subsídios e medidas antidumping eram permitidas e utilizadas por países desenvolvidos para o controle de preços das mercadorias importadas. Além disso, países desenvolvidos aproveitaram o fato de a agricultura não ser uma temática abordada no acordo e mantiveram subsídios agrícolas que forçaram a queda dos preços da *commodities*, prejudicando o desenvolvimento de países em desenvolvimento (WIEIRA, 2021, p. 35-36).

Por quase meio século, os princípios legais básicos do GATT permaneceram praticamente os mesmos desde 1948. Durante a vigência do GATT como principal instrumento do comércio internacional, diversos acréscimos, acordos e esforços foram realizados para alterar temas relacionados ao comércio, principalmente por meio de uma série de negociações multilaterais conhecidas como ‘rodadas comerciais’ (OMC, 2024).

O GATT teve sete rodadas de negociação: a rodada de Genebra (1947), a de Anecy (1949), a de Torquay (1951), a segunda rodada de Genebra (1956), a de Dillon (1960-1961) a rodada Kenedy (1963-1967) a rodada de Tóquio (1973-1979) e a rodada Uruguai (1986-1994). Enquanto que as cinco primeiras rodadas tiveram o objetivo principal de discutir a redução de barreiras tarifárias, as duas últimas ampliaram as discussões para diversas temáticas. Especificadamente quanto a rodada Uruguai, destaca-se o papel de países em desenvolvimento apresentarem pautas relacionadas ao acesso a mercado de bens, agricultura, mercado têxtil e protecionismo de países desenvolvidos, por outro lado, estes últimos aproveitaram a rodada para discutir temas como investimentos, propriedade intelectual e serviços (THORSTENSEN, 2003, p. 27; WIEIRA, 2021, p. 36-37).

O maior desinteressado na criação de uma organização internacional, os Estados Unidos, era, nesse momento, o maior incentivador da abertura de uma nova rodada de negociações. Com suas indústrias em desenvolvimento, exatamente e estrategicamente, em serviços, propriedade intelectual e investimentos, os três principais objetivos com essa nova rodada eram: ampliar a cobertura do GATT para os três pontos supracitados, restringir o alcance do princípio do Tratamento Nacional aos países em desenvolvimento e reforçar o mecanismo de resoluções de controvérsias do GATT (WIEIRA, 2021, p. 37).

A finalização da rodada Uruguai ocorreu com a assinatura do acordo de Marraquexe em 1994 e que estabeleceu a OMC como o principal sistema multilateral de comércio. Na ocasião, definiu-se que o acordo GATT firmado em 1994 (juridicamente distinto do acordo GATT de 1947) seria um dos componentes que formariam o acordo da OMC, sendo especificadamente o Anexo 1A (WIEIRA, 2021, p. 38).

No mais, o Anexo 1A incluiu entendimentos acerca de alguns artigos do GATT/47, correspondentes às tarifas e aos protocolos de adesão, bem como às decisões do GATT adotadas nas suas duas últimas rodadas, entre 1948 e 1994, além dos demais documentos negociados na rodada Uruguai, como os novos acordos sobre Agricultura, Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, Têxteis (com término em 2005), Barreiras Técnicas ao Comércio, Investimentos, Subsídios, entre outros relativos à bens [...] Ao Anexo 1B, coube o acordo sobre os serviços e o Anexo 1C, o acordo sobre propriedade intelectual.

[...]

O Anexo 2 dispôs sobre o Sistema de Soluções de Controvérsias, enquanto que o Anexo 3 previu o mecanismo de revisão da política comercial. Todos os três primeiros anexos tornaram-se obrigatórios a todos os membros, constituindo-se do acordo guarda-chuva. O

último anexo (o Anexo 4A, 4B, 4C e 4D sendo esses dois últimos extintos em 1997) eram acordos plurilaterais que estavam à disposição para os membros que desejassem aderir. Tratavam-se, os anexos, sobre aeronaves, compras governamentais, produtos lácteos e carne bovina, respectivamente (WIEIRA, 2021, p. 38).

Com a renovação do acordo GATT e com a criação da OMC, o sistema multilateral de comércio sofreu alterações especialmente relacionadas ao tratamento de países em desenvolvimento. De tal modo, torna-se necessário analisar previamente os principais instrumentos desenvolvidos no âmbito do GATT para regulamentação do comércio internacional.

3.1.1.1 A cláusula da Nação Mais Favorecida

O artigo I do GATT prevê um dos elementos que compõe o princípio da não discriminação, isto é, a cláusula da Nação Mais Favorecida que se desdobra como um dos fios condutores do sistema multilateral de comércio. O artigo em questão dispõe que:

Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado (...)

Por meio dessa cláusula os signatários do acordo assumem a responsabilidade de garantir tratamento igualitário a todos outros membros, sendo que tal princípio alcança tanto medidas aduaneiras quanto medidas internas dos países ou territórios. Com isso, garante-se maior segurança jurídica no comércio internacional “uma vez que evita alterações repentinas e imprevisíveis nas políticas comerciais da OMC” (WIEIRA, 2021, p. 42).

No âmbito do OSC foi esclarecido no caso DS139 (*Dispute Settlement 139*), entre Japão e Canadá, que o dispositivo sobre a Nação Mais Favorecida não trata sobre algumas “vantagens concedidas, mas para qualquer vantagem, não para alguns produtos, mas para qualquer produto; e não para produtos similares de alguns membros, mas para os produtos similares originários ou destinados a todos os membros” (OMC, 2001). Assim, foi reconhecido que a cláusula não é normativamente limitada, isto é, se aplica tanto para medidas restritivas e discriminatórias *de jure* quanto às medidas *de facto*, como atos do governo.

Diante desta abrangência, Wieira (2021, p. 47) destaca a importância de pontuar conceitos mencionados no artigo à luz da interpretação da OMC. Por ‘vantagem’ compreende-se medida pela qual se cria oportunidades mais favoráveis de concorrência ou que afete a

relação comercial entre produtos de diferentes origens, conforme o caso DS27. Para compreender o que são ‘produtos similares’, Bossche e Zdouc (2017, p. 316) afirmam que se deve responder questionamentos como “quais características ou qualidades são importantes para avaliar similaridade”, “em que grau ou extensão essas características devem ser compartilhadas para que o produto seja considerado similar”, e “a partir da percepção de quem ‘similaridade’ deve ser compreendida”. A expressão ‘imediate e incondicionalmente’ considera-se que não deve haver tempo entre a concessão de uma vantagem aos produtos similares e que mesmo que a intenção discriminatória não surta efeito prático, o membro que a adotou está sujeito as responsabilidades assumidas, pois “a preocupação da cláusula da NMF é proibir medidas discriminatórias, exigindo, para tanto, igualdade nas oportunidades de competitividade para os produtos importados de todos os membros” (WIEIRA, 2021, p. 48).

Por fim, a breve explanação desse princípio revela desde já a importância para estruturação do comércio internacional tanto para o GATT quanto para a OMC. Salienta-se que esse assunto será revisto posteriormente de forma contextualizada a sua eventual aplicação sobre fluxos transfronteiriços de dados.

3.1.1.2 A cláusula do Tratamento Nacional

Na parte II do GATT, consta outra cláusula do Tratamento Nacional, que reflete a ideia de abertura de mercado, assegurando que as medidas internas sejam aplicadas de forma igualitária aos produtos importados, garantindo assim as mesmas condições de competição para todos os membros. De acordo com o artigo III, tem-se que:

1. As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.
2. Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso nenhuma Parte Contratante aplicará de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos nacionais ou importados, contrariamente aos princípios estabelecidos no parágrafo 1 (GATT, 1947).

Assim como a cláusula da Nação Mais Favorecida, o Tratamento Nacional contempla discriminações no âmbito *de jure* e *de facto*. No quarto parágrafo do artigo III, dispõe-se sobre a obrigação do Tratamento Nacional em relação a regulamentos e que afetam a venda de

produtos importados em território nacional. Já nos parágrafos cinco e sete, constam especificações quanto a proibições de regulamentações quantitativas internas de produtos misturados, transformados ou utilizados em quantidades ou proporções determinadas a favorecer produtos nacionais. Os demais parágrafos do artigo apresentam exceções à regra do Tratamento Nacional (OMC, 1947; WIEIRA, 2021, p. 50).

Igualmente, deve-se atentar a elucidar conceitos apresentados no artigo visto que a cláusula do Tratamento Nacional se aplica tanto a produtos idênticos quanto similares. De tal modo, considera-se que o termo ‘similar’ deve ser analisado conforme cada caso a partir de critérios como “uso final do produto dado pelo mercado”, “hábitos e gosto dos consumidores - o que muda de país para país” bem como “as características, a natureza e a qualidade do produto” (BOSSCHE; ZDOUC, 2017, p.356). Produtos que se substituem ou competem entre si também podem ser considerados similares com base em características de propriedade, uso final e gosto de consumidores (WIEIRA, 2021, p. 51).

O cuidado com o Tratamento Nacional também está relacionado ao nível de tributação. Para que não seja considerado medida protecionista, produtos importados não podem ter tributação superior àqueles nacionais. A Corte Permanente de Apelação ao comentar sobre o limite de excesso na tributação, observa que o menor excesso já é muito, portanto qualquer diferenciação de valor é considerada inconsistente com o princípio da não discriminação⁴². Outro aspecto em que o Tratamento Nacional é violado ocorre quando as condições de competição são alteradas de forma discriminatória, “trazendo prejuízo aos produtos importados similares aos nacionais, não necessariamente em relação ao preço ou custo” (WIEIRA, 2021, p. 52).

Ambas as cláusulas relacionadas ao princípio da não discriminação, isto é, da Nação Mais Favorecida e do Tratamento Nacional, representam instrumentos para promoção da equidade, redução das barreiras comerciais, previsibilidade e resolução de disputas no comércio internacional. Com isso, em mente, torna-se possível analisar o papel do comércio no âmbito da OMC de acordo com as bases descritas.

3.1.2 O papel da OMC no desenvolvimento e no comércio internacional

⁴² Como Wieira (2021, p.52) aponta, “neste quesito, novamente, danos no comércio do outro país membro não são exigidos para que a medida seja inconsistente com a cláusula do TN”.

Atualmente, o sistema multilateral de comércio representado pela OMC, corresponde à principal instância reguladora que disciplina o comércio internacional. A estrutura básica da organização atua em seis áreas principais: o Acordo Geral da OMC⁴³, bens, serviços, propriedade intelectual, disputas e revisões de políticas comerciais.

A organização é formada por três pilares contidos no Anexo 1, isto é, o GATT (Anexo 1A), o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS) (Anexo 1B) e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) (Anexo 1C). Em seguida, vêm os acordos extras e os anexos que tratam dos requisitos especiais de setores ou questões específicas. Por último, há os cronogramas (ou listas) detalhados e extensos de compromissos assumidos individualmente por países. No total, “o atual conjunto de acordos comerciais que compõem a OMC consiste em 16 acordos multilaterais diferentes (dos quais todos os membros da OMC são partes) e dois acordos plurilaterais diferentes (dos quais apenas alguns membros da OMC são partes)”⁴⁴ (OMC, 2024).

Conforme mencionado, a OMC somente foi criada a partir do Acordo de Marraquexe, em 1994, como resultado da finalização da Rodada Uruguai promovida pelo GATT do qual orienta os princípios básicos do sistema multilateral de comércio, como a nação mais favorecida e o tratamento nacional. O texto do Acordo de Marraquexe aponta para que as relações da nova instituição (OMC) sejam conduzidas com políticas orientadas pelo mercado com o fim de se obter melhoria dos padrões de vida, assegurar o pleno emprego e expandir a produção e comércio dos bens e serviços (OMC, 2024).

De maneira geral, a OMC oferece espaço para negociação de acordos e uma estrutura jurídica para implementação e monitoramento destes acordos. No âmbito das negociações, a organização tem como objetivo garantir condições equitativas para todos membros e reduzir obstáculos ao comércio internacional. Na parte institucional, destaca-se o espaço criado para

⁴³ Também citado como acordo guarda-chuva por abranger diversos temas.

⁴⁴ Os 16 acordos correspondem a: (I) Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT 1947); (II) Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT 1994); (III) Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS); (IV) Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS); (V) Acordo sobre Agricultura; (VI) Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT); (VII) Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS); (VIII) Acordo sobre Investimentos Relacionados ao Comércio (TRIMS); (IX) Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (SCM); (X) Acordo sobre Salvaguardas (SG); (XI) Entendimento sobre Regras e Procedimentos para a Solução de Controvérsias (DSU); (XII) Entendimento sobre Barreiras ao Comércio e Desenvolvimento (BTD); (XIII) Entendimento sobre Agricultura (AoA); (XIV) Entendimento sobre Têxteis e Vestuário; (XV) Acordo de Tecnologia da Informação (ITA); e (XVI) Acordo sobre Contratos Públicos (GPA). Já os outros dois acordos plurilaterais diferentes a que o texto se refere são relativos a aeronaves civis e a compras governamentais.

solucionar controvérsias relativas a interpretação e aplicação dos acordos por meio do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). Frisa-se que o objetivo do órgão não é realizar julgamentos, a prioridade se concentra na resolução de disputas, se possível, por meio de consultas (OMC, 2024). De tal modo:

A solução de controvérsias é o pilar central do sistema de comércio multilateral e a contribuição exclusiva da OMC para a estabilidade da economia global. Sem um meio de resolver disputas, o sistema baseado em regras seria menos eficaz porque as regras não poderiam ser aplicadas. O procedimento da OMC ressalta o estado de direito e torna o sistema comercial mais seguro e previsível. O sistema é baseado em regras claramente definidas, com cronogramas para a conclusão de um caso. As primeiras decisões são tomadas por um painel e endossadas (ou rejeitadas) por todos os membros da OMC. É possível recorrer com base em questões de direito (OMC, 2024).

Uma das maiores inovações da OMC em relação ao GATT foi reconhecer a necessidade de que países em desenvolvimento precisam de esforços para que possam crescer no comércio internacional e impulsionar o próprio desenvolvimento econômico. Não existe um critério específico para determinar qual país é ou não considerado desenvolvido/em desenvolvimento, desta forma cabe a cada membro se identificar como um ou outro, sabendo que sua decisão está sujeita a contestação por outros membros da organização (WIEIRA, 2021, p. 39).

Apesar de se reconhecer a assunção de um compromisso com o desenvolvimento na OMC, o que se percebe “é que a todo momento em que se ressalta a preocupação em relação ao desenvolvimento, afirma-se outrossim, a necessidade de levantar todas as barreiras ao comércio, tornando-o cada vez mais livre” (WIEIRA, 2021, p. 60). Ocorre que a maioria dos membros da organização são países em desenvolvimento e com economias distantes entre si. Ao comentar sobre o papel do desenvolvimento discutido na rodada Doha, iniciada em 2001, Barral (2007, p. 19) indica que já nos anos iniciais da OMC se percebia que “reformas estruturais e liberalização comercial não implicariam em melhoria na qualidade de vida e crescimento econômico, ao menos no curto prazo”, além disso, Wieira (2021, p. 69) alerta que o tratamento diferenciado, focado apenas na liberalização do comércio foi insuficiente para a promoção de desenvolvimento, de tal modo:

Os países em desenvolvimento já haviam percebido que se dava pouco peso às suas vozes e preocupações²⁰⁴ e que, na arte da pregação de um comércio livre, os Estados Unidos e a União Europeia aperfeiçoavam-se em sua defesa, ao mesmo tempo em que trabalhavam por acordos comerciais que os protegessem das importações dos países em desenvolvimento (WIEIRA, 2021, p. 71).

Apesar de não haver disposições específicas no GATT sobre proteção de dados pessoais, privacidade ou economia digital, o desenvolvimento de sistemas de comunicações globais com capacidade de tráfego e conectividade são necessariamente dependentes das regras estabelecidas no Acordo por este ser intrínseco ao comércio internacional e a OMC. É fato que os acordos da OMC foram negociados na época em que a utilização da internet para fins comerciais ainda estava em seus primeiros estágios de desenvolvimento, diferentemente da digitalização onipresente atual (ALMEIDA FILHO, 2020, p. 77).

É compreensível, portanto, que os fluxos transfronteiriços de dados tenham representação limitada nos acordos da OMC, havendo poucas disposições esparsas no Anexo sobre Serviços Financeiros e no Anexo sobre Telecomunicações do GATS (MITCHELL; MISHRA, 2018, p. 1091). No âmbito do GATT, como será detalhado no último capítulo, não há menção expressa aos fluxos de dados, entretanto, há dispositivos de abrangência geral que podem ser aplicados ao tema. De acordo com a OMC, o que há são preocupações relacionadas ao comércio eletrônico, isto é:

A OMC reconhece a crescente importância do comércio eletrônico. Revisões periódicas do programa de trabalho da OMC sobre comércio eletrônico são conduzidas pelo Conselho Geral com base em relatórios de vários órgãos da OMC. Além disso, um grupo de membros com ideias semelhantes está conduzindo negociações sobre comércio eletrônico, com o objetivo de desenvolver regras globais de comércio digital e enfrentar os desafios impostos pela exclusão digital (MITCHELL; MISHRA, 2018, p. 1091).

De tal modo, faz-se necessário analisar quais são as principais regulações sobre os fluxos transfronteiriços de dados no comércio internacional. Tanto o histórico quanto a análise material dos dispositivos destas regulamentações são indispensáveis para compreender o atual estado em que os fluxos transfronteiriços de dados são tratados. No mais, passa-se primeiramente ao estudo amparado por instrumentos internacionais sobre esta temática.

3.2 INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS PARA O FLUXO TRANSFRONTEIRIÇO DE DADOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Para mapear o desenvolvimento do fluxo de dados transfronteiriços no comércio internacional, divide-se o estudo em quatro perspectivas. Primeiro, verifica-se a evolução dos instrumentos internacionais que moldaram os regulamentos atuais. Em seguida, parte-se para as iniciativas criadas por blocos regionais ou grupos de países que compartilham dos mesmos regulamentos. Após, estuda-se os acordos comerciais que preveem dispositivos regulando o

fluxo transfronteiriço de dados e, por fim, os mecanismos unilaterais que também disciplinam a matéria.

3.2.1 Instrumentos internacionais

Os instrumentos internacionais relacionados aos fluxos transfronteiriços de dados desempenham um papel fundamental na governança global da economia digital. Estes instrumentos fornecem um arcabouço legal e regulatório para, via de regra, facilitar e regulamentar o intercâmbio de dados entre fronteiras.

Desta forma, à parte do acordo da OMC anteriormente mencionado, avalia-se os instrumentos de ordem internacional de acordo com as Diretrizes da OCDE e da Convenção 108 do Conselho da Europa.

3.2.1.1 Diretrizes da OCDE

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 1960, como a própria denominação indica, evocou o caráter essencialmente econômico de seus objetivos bem como a expansão geográfica de sua atuação. Conforme pontua Denis Pinto (2000, p. 18), “a OCDE foi criada para ter vocação internacional, um foro de consulta e coordenação entre os países-membros, dedicada à consolidação do modelo econômico adotado pelos países desenvolvidos no pós-guerra”, servindo de forma complementar a outras organizações como FMI, BM e GATT. De acordo com o artigo 1 da Convenção assinada em 1960, em Paris, que deu origem a OCDE, a organização deve promover políticas orientadas a:

- alcançar o crescimento econômico e o emprego mais elevados e sustentáveis e um nível de vida mais elevado nos países membros, mantendo simultaneamente a estabilidade financeira, e contribuir assim para o desenvolvimento da economia mundial;
- contribuir para uma expansão econômica sólida nos países membros e nos países terceiros em processo de desenvolvimento econômico; e
- contribuir para a expansão do comércio mundial numa base multilateral e não discriminatória, em conformidade com as obrigações internacionais (OCDE, 2001, p. 2).

A partir do final da década de 1960, com a introdução da primeira geração de computadores, preocupações com a privacidade convergiram com a revolução pós-industrial da informação e a crescente utilização de dados pessoais pelo governo. Ao mesmo tempo em que computadores facilitavam o tratamento dos dados, cresciam preocupações com a possível perda de dignidade ou com violações à privacidade, o que reforçou a necessidade de capacitação

e conscientização dos cidadãos sobre seus direitos. A resposta de diversos países ocorreu por meio da criação de grupos de trabalho, comissões e comitês para estudar a questão entre as décadas de 1960 e 1970⁴⁵ (OCDE, 2011, p. 15).

Para tratar sobre coleta e gestão de informações pessoais, em 1980, a OCDE elaborou um material intitulado *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* no intuito de apresentar diretrizes sobre o fluxo transfronteiriço de dados. A preocupação da época era a criação de leis nacionais de proteção de dados incoerentes ou concorrentes entre si, portanto, enfatizava-se que os países teriam interesses comuns em proteger a privacidade e as liberdades individuais bem como em evitar restrições aos fluxos de dados que os privassem de benefícios econômicos e sociais (OCDE, 2011, p.14). De acordo com o prefácio do documento, os princípios estabelecidos “caracterizam-se pela sua clareza e flexibilidade de aplicação e pela sua formulação, que é suficientemente ampla para permitir a sua adaptação à evolução tecnológica” (OCDE, 2001, p. 7).

O avanço de estudos na área de proteção de dados evidenciou potenciais perigos relacionados à utilização de TIC para armazenar e processar dados pessoais de forma que diversas legislações nacionais⁴⁶ optaram por inaugurar o termo ‘privacidade’ em seus ordenamentos. Na época, a maioria dos atos e legislações continha princípios semelhantes para a proteção de dados, razão pela qual foi possível a criação de princípios gerais para regulamentar o tema. A importância das TIC rapidamente repercutiu em outras áreas ligadas a bancos de dados informatizados na administração pública, informação digital e questões políticas em matéria de proteção de dados e privacidade. Sob a premissa de que “informação é poder e informação econômica é poder econômico”, gradativamente, preocupações relacionadas ao desenvolvimento também se tornaram pauta nos estudos e legislações relacionadas à proteção de dados, principalmente porque existe um conflito inerente entre proteção e livre fluxo transfronteiriço de dados pessoais (OCDE, 2011, p. 16-19).

No âmbito das Diretrizes, a recomendação do Conselho da OCDE reconhecia (I) que apesar de haver políticas e legislações nacionais diferentes, os países membros têm interesses

⁴⁵ Além dos atos dos governos, nota-se no mesmo período o surgimento de diversos pesquisadores sobre as implicações de novas tecnologias na privacidade, dentre os quais se destacam: Alan Westin (*Privacy and Freedom*); Arthur Miller (*The Assault on Privacy*); Paul Sieghart (*Privacy and Computers*); David Flaherty (*Privacy and Government Data Banks: An International Perspective*); e Zelman Cowan (*The Private Man*).

⁴⁶ Países como: Alemanha (*Data Protection Act*, em 1970); Suécia (*Data Act*, em 1973); Holanda (*Act on Personal Data Registrations*, em 1981); Estados Unidos (*Freedom of Information Act*, em 1966).

comuns na proteção da privacidade e das liberdades individuais, conciliando valores fundamentais e concorrentes como privacidade e livre fluxo de informações; (II) que os fluxos transfronteiriços de dados pessoais e o processamento automático criam novas formas de relacionamento entre países, exigindo o desenvolvimento de regras e práticas compatíveis; (III) que esses fluxos contribuem para o desenvolvimento econômico e social; e, (IV) que legislações nacionais relacionadas aos fluxos transfronteiriços de dados pessoais e à proteção da vida pode constituir um obstáculo a tais fluxos. Em síntese, para o Conselho, determinava-se a “promover o livre fluxo de informações entre os países membros e a evitar a criação de obstáculos injustificados ao desenvolvimento das relações económicas e sociais entre os países membros”. Os países membros devem incorporar em sua legislação nacional os princípios de proteção da vida privada e liberdades individuais bem como se esforçar para eliminar obstáculos injustificados aos fluxos transfronteiriços de dados pessoais em nome da proteção da vida privada, cooperando na aplicação das diretrizes e chegando a um acordo rápido sobre procedimentos específicos de consulta para a implementação dessas diretrizes (OCDE, 2001, p. 11-12).

As Diretrizes da OCDE foram a primeira declaração internacional acordada que estabeleceu princípios internacionais de privacidade da informação. Dentre as disposições, destaca-se que os países membros deveriam: (I) levar em consideração as implicações para outros países membros do tratamento nacional e da reexportação de dados pessoais; (II) tomar as medidas razoáveis e adequadas para assegurar que os fluxos transfronteiriços de dados pessoais sejam ininterruptos e seguros; (III) abster-se de restringir os fluxos transfronteiriços de dados pessoais entre si e outro país membro; e, (IV) evitar desenvolver leis, políticas e práticas que criassem obstáculos aos fluxos transfronteiriços de dados pessoais. (OCDE, 1980).

Além disso, foram estabelecidos outros oito princípios para qual países membros devem orientar suas legislações nacionais, como Princípio da Limitação da Recolha em que a coleta de dados pessoais deve ser restrita, feita por meios legais e justos, e, se necessário, com o conhecimento ou consentimento do titular dos dados; Princípio da Qualidade dos Dados indicando que os dados pessoais devem ser relevantes para os fins previstos, sendo exatos, completos e atualizados; Princípio da Especificação da Finalidade, para o qual as finalidades da coleta de dados devem ser especificadas no momento da coleta, e o uso subsequente deve se limitar a essas finalidades ou outras compatíveis, especificadas em caso de alteração; Princípio

da Limitação da Utilização, em que dados pessoais não devem ser usados ou divulgados para fins não especificados, exceto com o consentimento do titular ou por exigência legal; Princípio das Salvaguardas de Segurança determinando que dados pessoais devem ser protegidos contra riscos como perda, acesso não autorizado, destruição, uso indevido, alteração ou divulgação; Princípio da Abertura, para que haja transparência nas práticas e políticas de tratamento de dados pessoais, permitindo que se saiba quais dados são mantidos e para que são utilizados; além dos seguintes:

Princípio da participação individual: Um indivíduo deve ter o direito de

- a) obter de um responsável pelo tratamento de dados, ou de outra forma, a confirmação de que o responsável pelo tratamento de dados possui ou não dados que lhe digam respeito;
- b) a que lhe sejam comunicados os dados que lhe digam respeito
 - i) num prazo razoável;
 - ii) a um custo, se for caso disso, que não seja excessivo
 - iii) de forma razoável; e
 - iv) numa forma que seja facilmente compreensível para ele;
- c) a ser informado dos motivos do indeferimento de um pedido efetuado nos termos das alíneas a) e b) e a poder contestar esse indeferimento; e
- d) contestar os dados que lhe digam respeito e, se a contestação for bem-sucedida obter o apagamento, a retificação, a complementação ou a alteração desses dados.

Princípio da responsabilidade: O responsável pelo tratamento de dados deve ser responsável pelo cumprimento das medidas que põem em prática os princípios acima enunciados (OCDE, 2001, p. 14-17).

A influência desses princípios refletiu em diversas de legislações criadas sobre fluxos de dados ao longo dos anos 1980 ao redor do mundo. Alguns países adotaram a legislação pressupondo o livre fluxo de dados, sendo qualquer restrição uma exceção enquanto outros incorporaram determinadas formas de restrição, permitindo excepcionalmente o livre fluxo de dados (OCDE, 2011, p. 25). Anos mais tarde, os países europeus que eram membros da OCDE promulgaram em 1995 a Diretiva relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Diretiva 95/46/CE), que serviu como base para um dos mais complexos regulamentos atualmente vigentes, isto é, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia aprovado em 2016 e vigente desde 25 de maio de 2018.

Por fim, o objetivo das Diretrizes se condensam na criação de princípios não vinculativos para que países membros aceitem certas normas mínimas de proteção da privacidade e dos dados pessoais e que eliminem, na medida do possível, fatores que limitem estes fluxos (PINTO, 2000, p. 16). As Diretrizes complementaram a afirmação do modelo econômico adotado pelas nações desenvolvidas e sua influência repercutiu na criação de outros

instrumentos que regularam fluxos transfronteiriços de dados - partindo disto, segue-se para a análise destes outros mecanismos internacionalmente presentes de regulação sobre os fluxos de dados.

3.2.1.2 Convenção 108 do Conselho da Europa

Outro instrumento para regular os fluxos de dados internacionais foi a Convenção 108 para a Proteção de Indivíduos em Relação ao Processamento Automático de Dados Pessoais. O tratado foi criado pelo Conselho da Europa em 1981 e as partes signatárias são obrigadas a adotar em suas legislações internas medidas relacionadas ao tratamento de dados pessoais, em especial à privacidade. Muitos dos princípios previstos no tratado são semelhantes às Diretrizes da OCDE em razão das influências cruzadas entre os redatores dos dois instrumentos, porém há significativas diferenças entre um e outro. Entre os países membros do Conselho da Europa, quarenta e três ratificaram a Convenção, enquanto que quarenta e dois assinaram o Protocolo Adicional, sendo que, somente a partir de 2009, com o Programa de Estocolmo da UE, apelou-se explicitamente à promoção da Convenção 108 a nível mundial⁴⁷ (GREENLEAF, 2012, p. 81-82).

Conforme consta no artigo 14 do Relatório Explicativo, documento anexo à Convenção, o objetivo é de facilitar a livre circulação de informação independentemente das fronteiras, assegurando proteção apropriada das pessoas no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais. Além disso, o mesmo artigo indica que fluxo transfronteiriço de dados “ocorre quando os dados pessoais são divulgados ou disponibilizados a um destinatário sujeito à jurisdição de outro Estado ou organização internacional” (CE, 2018) e, no artigo 2, a Convenção definiu dados pessoais como qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”);

De acordo com as normas estabelecidas na Convenção 108, os países signatários devem seguir tanto os princípios de proteção de dados quanto a forma em que são aplicados (GREENLEAF, 2012, p. 83). Para isso, o artigo 5º dispõe que os dados pessoais devem: ser obtidos e processados de forma justa e legal; conservados para finalidades determinadas e

⁴⁷ Conforme complementa Bertoni (2020, p. 1): “Nos últimos vinte anos, vários países da América Latina promulgaram as suas próprias leis de proteção de dados. Em muitos casos, estas leis seguiram as normas que foram e continuam a ser desenvolvidas na União Europeia”. Dentre os países da América Latina, Uruguai, Argentina e México aderiram à Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal (Convenção 108).

legítimas; adequados, pertinentes e não excessivos; exatos; e conservados de forma que permita a identificação das pessoas durante o período necessário. De modo integral:

1. O tratamento de dados deverá ser proporcional à finalidade legítima prosseguida e refletir, em todas as fases do tratamento, um justo equilíbrio entre todos os interesses envolvidos, públicos ou privados, e os direitos e liberdades em causa.
2. Cada Parte deverá assegurar que o tratamento de dados possa ser efetuado com base no consentimento livre, específico, informado e inequívoco do titular dos dados ou em qualquer outro fundamento legítimo previsto na legislação.
3. Os dados pessoais sujeitos a tratamento deverão ser objeto de tratamento lícito.
4. Os dados pessoais sujeitos a tratamento deverão ser:
 - a. tratados de forma justa e transparente;
 - b. recolhidos para finalidades explícitas, específicas e legítimas e não tratados de forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos é, sob reserva de salvaguardas apropriadas, compatível com esses fins;
 - c. adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para as quais são tratados;
 - d. rigorosos e, se necessário, atualizados;
 - e. preservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para as quais esses dados são tratados (CE, 2018).

O capítulo II inclui princípios familiares que exigem a segurança adequada dos dados, no artigo 7º, e dispõe sobre dados considerados sensíveis, no artigo 6º, isto é, “dados genéticos; dados pessoais relativos a infrações, processos penais e condenações [...]; dados biométricos [...]; dados que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, a filiação sindical, as crenças religiosas ou outras, a saúde ou a vida sexual” (CE, 2018).

Ao comentar sobre os padrões de aplicação, Greenleaf (2012, p. 84) destaca em tom crítico que “a Convenção 108, por si só, não diz nada sobre se os indivíduos devem ter um direito de ação individual para fazer valer os seus direitos, ou acesso aos tribunais” bem como que não há previsão de qualquer direito relacionado a queixa individual de um Estado membro junto a quaisquer tribunais ou organismos. O autor conclui que “[...] não existe qualquer método eficaz na própria Convenção através do qual as pessoas possam testar se a aplicação dos princípios por uma Parte é suficiente ou se os seus métodos de aplicação são "adequados" (como exigido pela Convenção)”.

A Convenção foi alterada três vezes desde sua implementação: primeiro em 1999, que permitiu as Comunidades Europeias aderirem ao tratado; posteriormente, em 2001, por um Protocolo Adicional que incorporou compromissos em relação às restrições à exportação de dados, à autoridade independente de proteção de dados e ao direito de recurso aos tribunais, aproximando a Convenção ao mesmo nível da Diretiva 95/46/CE (GREENLEAF, 2012, p. 81);

e, por último, em 2018, por um Protocolo Modificativo⁴⁸ que reviu integralmente o texto poucos dias antes da implementação do RGPD. Neste último, a modernização foi conduzida no contexto mais amplo de diversas reformas paralelas nos instrumentos internacionais de proteção de dados, portanto não é uma coincidência o fato de a Convenção 108 ter nascido a par do RGPD⁴⁹ (BERTONI, 2020, p. 2).

O artigo 14.º do Protocolo Adicional indica que ser parte na convenção não garante automaticamente o livre fluxo de dados entre países não europeus e membros da União Europeia. Isso ocorre porque uma parte pode restringir fluxos transfronteiriços de dados pessoais se estiver vinculada por ‘regras harmonizadas de proteção compartilhadas por estados de uma organização internacional regional’. Essa restrição, parece uma exceção feita à medida para a União Europeia, uma vez que, até à data, o RGPD é o exemplo mais importante e conhecido de ‘regras harmonizadas de proteção compartilhadas por Estados pertencentes a uma organização internacional regional’⁵⁰ (BERTONI, 2020, p. 3). Por fim, é possível traçar paralelos entre as duas regulamentações vigentes, entretanto, conforme será analisado, a Convenção não inclui todas as inovações previstas no RGPD.

3.2.2 Iniciativas regionais

Para complementar a análise dos instrumentos regulatórios, utiliza-se das principais iniciativas regionais para demonstrar o marco legislativo relacionado ao fluxo transfronteiriço de dados no comércio internacional. De tal modo, primeiramente será visto o Ato Adicional n. 1/01/10 de Proteção de Dados da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental

⁴⁸ Esta nova versão do Tratado é identificada como uma modernização e recebeu a designação de "Convenção 108+".

⁴⁹ Bertoni (2020, p. 2) sintetiza o Relatório Explicativo do Protocolo que altera a Convenção 108, ao indicar que: “No que diz respeito ao pacote de reforma da proteção de dados da UE, em particular, os trabalhos decorreram em paralelo, foi dada a maior atenção para garantir a coerência entre ambos os quadros jurídicos. O quadro de proteção de dados da UE [ou seja, o RGPD] concretiza e amplia os princípios da Convenção 108 e tem em conta a adesão à Convenção 108, nomeadamente no que diz respeito às transferências internacionais.”

⁵⁰ Ao comparar a Convenção 108 com o RGPD, Bertoni (2020, p. 3) comenta: Com efeito, mesmo que a Convenção 108+ não abranja todas as inovações introduzidas pelo RGPD, como o encarregado da proteção de dados, a avaliação do impacto na privacidade ou o princípio da responsabilidade dos responsáveis pelo tratamento de dados, é coerente com a maioria dos requisitos do RGPD. Neste sentido, e observando as semelhanças, mas também as diferenças, entre os dois regulamentos, Greenleaf (2018) salientou que Uma vez que o 108+ inclui a maioria das inovações importantes do RGPD (em forma menos prescritiva), a adesão ao 108+, juntamente com a aplicação adequada, deve indicar que a maioria dos aspetos dos requisitos do RGPD são cumpridos. No entanto, o 108 + não inclui todas as inovações do RGPD, e ainda não é certo como as instituições da UE interpretarão as disposições de adequação do RGPD.

(CEDEAO). Em seguida, a Convenção de Malabo da União Africana sobre Cibersegurança e Proteção de Dados Pessoais. Em terceiro, o Sistema de Regras Transfronteiriças de Privacidade (CBPR) da Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC). Por fim, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia.

3.2.2.1 Ato Adicional n. 1/01/10 de Proteção de Dados da Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO)

A Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO), criada em 1975 pelo Tratado de Lagos, dentre seus objetivos, deseja promover a cooperação e o desenvolvimento regional bem como fomentar relações mais estreitas entre os seus membros, contribuindo para o progresso e o desenvolvimento do continente africano (CEDEAO, 1975). Em 1993, o Tratado da CEDEAO foi revisto e assinado de modo que, para consolidar tais objetivos, no artigo 3.º, n.º 2, alínea a), indicou-se a necessidade de harmonizar políticas nacionais e de promover programas, projetos e ações de integração em diversas áreas, com destaque à tecnologia, comunicação e ciência (CEDEAO, 1993).

Com o progresso das TICs e da internet no continente africano bem como a crescente preocupação com a proteção de dados pessoais na sociedade da informação, em 2010, a CEDEAO criou uma legislação modelo (Ato Adicional n. 1/01/10) para todos Estados-membros dispondo regras sobre proteção e transferência internacional de dados⁵¹. A preocupação deriva de da constatação de que “não obstante a existência de legislações nacionais relativas à proteção da privacidade dos cidadãos na sua vida privada e profissional, é urgente preencher o vazio jurídico gerado pela utilização da Internet, que é um novo instrumento de comunicação”, sendo necessário preencher este vazio jurídico e estabelecer um quadro jurídico harmonizado (CEDEAO, 2010).

A norma foi criada a partir de Lei Complementar, na qual o artigo 36 indica responsabilidades relativas a níveis adequados de proteção à privacidade, às liberdades e aos direitos fundamentais dos indivíduos em relação ao processamento ou possível processamento desses dados. O artigo indica ainda que o responsável pelo tratamento dos dados tem o dever

⁵¹ O Ato Adicional tem como base o Ato Adicional A/SA1/01/07 da CEDEAO que trata sobre harmonização das políticas e do quadro regulamentar para o setor das TIC (CEDEAO, 2010).

de informar a Autoridade de Proteção de Dados antes de transferir quaisquer de dados pessoais para países terceiros (ALMEIDA FILHO, 2020, p. 95).

Dentre outras considerações, o Ato Adicional, reconhece que “[...] os Estados-Membros se comprometem a promover a cooperação judiciária com vista a harmonizar os sistemas judiciais e jurídicos” e considera que “[...] uma tecnologia como a Internet, com as suas facilidades de definição de perfis e de localização de indivíduos, constitui um vetor favorável à coleta e ao tratamento de dados pessoais;” sendo que “[...] a utilização crescente das TIC pode ser prejudicial para a vida privada e profissional dos utilizadores” (CEDEAO, 2010).

O artigo 1, do Ato Adicional n. 1/01/10, dedica-se a atribuir definições para conceitos utilizados ao longo da norma, diferenciando dado pessoal de dados sensíveis⁵² e de dados relacionados à saúde⁵³. No âmbito da legislação, corresponde a dado pessoal qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou que possa ser identificada relativamente à sua identidade física, fisiológica, genética, psíquica, cultural, social ou econômica. Embora a legislação não detalhe o que são fluxos transfronteiriços de dados, por processamento de dados pessoais, considera-se:

O tratamento de dados pessoais é uma operação ou um conjunto de operações, efetuadas ou não com o auxílio de processos que podem ou não ser automatizados, e aplicadas a dados, tais como a obtenção, a utilização, o registo, a organização, a conservação, a adaptação, a alteração, a recuperação, a conservação, a cópia, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, a cifragem, o apagamento ou a destruição de dados pessoais (CEDEAO, 2010)

Conforme Orji (2016, p. 110) aponta, “as definições de ‘dados pessoais’ e de ‘tratamento de dados pessoais’ previstas no Ato Adicional n. 1/01/10 parecem ter sido adaptadas, respetivamente, das alíneas a) e b) do artigo 2º da Diretiva da União Europeia (UE) relativa à proteção de dados (1995)”. Quanto à transferência de dados pessoais para países que não são membros da CEDEAO, o artigo 36 prevê que o país terceiro deve assegurar um nível adequado de proteção da vida privada, das liberdades e dos direitos fundamentais. Nesses casos,

⁵² Dados sensíveis (artigo 1.º da Lei): dados pessoais relativos às opiniões ou actividades religiosas, filosóficas, políticas ou sindicais de uma pessoa, à sua vida sexual, origem racial ou saúde, relativos a medidas sociais, processos e sanções penais ou administrativas (CEDEAO, 2010).

⁵³ Dados relacionados à saúde (artigo 1.º da Lei): quaisquer informações sobre a saúde física e mental da pessoa em causa, incluindo os dados genéticos (CEDEAO, 2010).

o responsável pelo tratamento deve informar a autoridade de proteção de dados antes de qualquer transferência (CEDEAO, 2010). Com isso:

[...] a proibição da Lei de fluxos de dados transfronteiriços para Estados não membros da CEDEAO é semelhante ao Artigo 2 (1) do Protocolo Adicional do Conselho da Europa sobre os Fluxos de Dados Transfronteiriços e ao Artigo 25 (1) da Diretiva de Proteção de Dados da EU. No entanto, tanto o Protocolo como a Diretiva estabelecem exceções elaboradas que ultrapassam a exceção prevista na Lei (ORJI, 2016, p. 116).

Enquanto que o Protocolo Adicional à Convenção sobre a Proteção de Dados do Conselho da Europa e a Diretiva da UE relativa à proteção de dados se orientam a partir da redução de restrições aos fluxos transfronteiriços de dados, prevendo exceções para o nível de adequação de países terceiros, a CEDEAO não compartilha do mesmo fundamento e, portanto, não autoriza transferências de dados para um país que não membro é da CEDEAO e não garante um nível adequado de proteção da privacidade. Para Orji (2016, p. 117), “esta situação é suscetível de entrar o fluxo de informações para fins comerciais e de aplicação da lei”. Babalola (2024, p.4 complementa o raciocínio ao tratar sobre Ato Adicional n. 1/01/10 representar uma potencial barreira ao comércio e o compara com a Lei Modelo da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC) para transações eletrônicas e comércio eletrônico:

Do que precede, a medida em que a Lei da CEDEAO constitui uma barreira ao TDF em África é altamente discutível com base na sua influência nas leis nacionais de proteção de dados subsequentemente promulgadas em África. Uma vez que a lei em si constitui pouco ou nenhum obstáculo ao fluxo transfronteiriço de dados pessoais na sub-região, está ainda por ver de que forma a lei influenciou as leis municipais na sua regulamentação (se é que a teve) do fluxo transfronteiriço de dados. Felizmente, a Lei da SADC define o TDF, mas é uma lei branda com efeito meramente persuasivo. Por conseguinte, não é considerada uma barreira neste caso.⁵⁴

No capítulo V, a lei contempla princípios que orientam o tratamento de dados pessoais. O artigo 23 dispõe sobre o princípio do consentimento e da legitimidade que, conforme o Data Guidance (2017), representa a base jurídica para o tratamento de dados, indicando que esse é legítimo quando o sujeito assegurar seu consentimento para tal finalidade. Destaca-se que esse requisito pode ser dispensado em casos que o tratamento seja necessário, sendo tais exceções previstas no mesmo artigo⁵⁵. Nos termos do artigo 24, contempla-se o princípio da legalidade

⁵⁴ A sigla utilizada pelo autor se refere à expressão *Transborder flow of personal data (TDF)* que tem o mesmo significado de fluxos transfronteiriços de dados.

⁵⁵ As exceções estão previstas no item 2 do artigo 23 do Ato Adicional (1/01/10), sendo: “a) para o cumprimento de uma obrigação legal que vincule o responsável pelo tratamento de dados; b) para a execução de uma missão de

e da justiça, isto é, a coleta, o registro, o processamento, o armazenamento e a transmissão de dados pessoais deve ser feita de forma legal, leal e não fraudulenta. Outros artigos incluem: o princípio da finalidade, relevância e preservação (artigo 25), indicando que dados pessoais devem ser obtidos para fins específicos bem como ser compatíveis e conservados de acordo com suas finalidades; o princípio da precisão (artigo 26), em que dados pessoais obtidos devem ser exatos e, se necessário, atualizados; o princípio da transparência (artigo 27), que obriga o controlador a prover informações sobre o tratamento de dados; e o princípio da confidencialidade e da segurança (artigo 28), em que dados pessoais devem ser tratados de forma confidencial e protegida (CEDEAO, 2010).

Por fim, nota-se que parte do Ato Adicional é similar aos Acordos realizados na Europa em 1995 e 2001 e compartilham da mesma lógica voltada ao livre fluxo de dados para países membros. Entretanto, destaca-se que para a transferência internacional para países terceiros que não garantem os níveis de adequação previstos no artigo 36, a norma da CEDEAO não admite exceções e não indica parâmetros para adequação de países terceiros, diferenciando-se dos demais ordenamentos. Apesar disso, o ordenamento é responsável por influenciar outros modelos regulatórios de países e acordos africanos tal como a Convenção de Malabo de 2014.

3.2.2.2 Convenção de Malabo da União Africana sobre Cibersegurança e Proteção de Dados Pessoais

A União Africana (UA)⁵⁶ é um organismo continental sucessor da Organização de Unidade Africana (OUA, 1963-1999), iniciada em 2002 e atualmente composta por cinquenta e cinco Estados membros. Em 2014, a Comissão da União Africana (CUA) adotou a Convenção de Malabo para estabelecer princípios e orientações com os objetivos de promover a

interesse público ou relevante para o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento de dados ou o terceiro a quem os dados são comunicados; c) para a execução de um contrato no qual a pessoa em causa é parte ou para a aplicação de medidas pré-contratuais adoptadas a seu pedido; ou d) para salvaguardar os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa”

⁵⁶ O Ato Constitutivo da União Africana e o Protocolo sobre as Emendas ao Ato Constitutivo da União Africana definem os objetivos da UA, que, dentre outros, são de: acelerar a integração política e socioeconómica do continente; incentivar a cooperação internacional; criar as condições necessárias para que o continente possa desempenhar o papel que lhe cabe na economia mundial e nas negociações internacionais; promover o desenvolvimento sustentável a nível económico, social e cultural, bem como a integração das economias africanas; fazer progredir o desenvolvimento do continente através da promoção da investigação em todos os domínios, em especial no domínio da ciência e da tecnologia; e desenvolver e promover políticas comuns em matéria de comércio, defesa e relações externas para assegurar a defesa do continente e o reforço das suas posições negociais;

cibersegurança, a proteção efetiva dos dados pessoais e a criação de um ambiente digital seguro (IFEANYI-AJUFO, 2023, p. 148).

De acordo com a CUA, a Convenção de Malabo representa uma estratégia para criar um sistema regulamentar uniforme entre os Estados membros da União Africana para promover a governança do ambiente digital. A Convenção fornece um quadro legislativo voltado a garantia da cibersegurança na África por meio da regulamentação de transações eletrônicas bem como da proteção dos dados pessoais, incentivando que os Estados membros reconheçam a necessidade de proteger as infraestruturas das TIC, de combater a cibercriminalidade e de incentivar o livre fluxo de informações (IFEANYI-AJUFO, 2023, p. 148).

Especificadamente quanto às transferências internacionais de dados pessoais, a Convenção não define parâmetros, mas as regula dentro da UA - entre os Estados membros - ou fora da UA – com entidades que não compõem a organização. Nesse último caso, analisa-se o nível de adequação da proteção de dados de um país terceiro ou entidade internacional para verificar se os instrumentos regulatórios são suficientes para proteger os titulares dos dados quando há violações ou ameaças a estes direitos. Salienta-se que os requisitos de adequação podem ser dispensados quando uma autoridade nacional de proteção de dados autorizar a transferência (UA, 2014).

Diferentemente da CEDEAO, cuja aplicação ocorre imediatamente após a ratificação pelos respectivos Estados membros, a Convenção de Malabo prevê no artigo 36 que o tratado somente entra em vigor quando quinze países a ratificarem. Isto somente ocorreu em maio de 2023, quase nove anos após a promulgação do texto, com a ratificação da Mauritânia, fazendo com que a Convenção entrasse em vigor trinta dias mais tarde, ou seja, em 8 de junho de 2023 (SHEIK, 2023, *s.p.*). A legislação da CEDEAO, adotada quatro anos antes, foi considerada uma fonte de inspiração para a Convenção de Malabo (BABALOLA, 2024, p.4) e atualmente ambos instrumentos representam os únicos acordos regionais vinculativos de proteção de dados vigentes na África.

Assim como na CEDEAO, a Convenção de Malabo não é clara ao definir fluxos transfronteiriços de dados e ao indicar parâmetros para adequação de países terceiros. Para Babalola (2024, p. 4), estas omissões no texto tornam a lei insuficiente para facilitar ou regular os fluxos de dados dentro e fora da região e que “na ausência de tal orientação legislativa sobre

as condições e decisões de adequação, o quadro jurídico do TDF ao abrigo da Lei permanece acadêmico e abstrato”. O autor ainda comenta que:

Embora a Convenção de Malabo seja um instrumento pan-africano, não constitui atualmente uma barreira direta ao TDF por si só, especialmente porque muitos países não incorporaram as suas disposições. No entanto, no seu estado comatoso, a Convenção de Malabo continua a influenciar indiretamente as leis nacionais de proteção de dados em África, com ou sem referência direta nessas leis (BABALOLA, 2024, p. 4).

Apesar das ressalvas, a Convenção de Malabo instrumentaliza o direito à privacidade e estabelece regras para a proteção de dados pessoais no âmbito da UA. Desde a promulgação do acordo em 2014, diversas⁵⁷ leis nacionais de proteção de dados foram influenciadas entre países africanos. Por ter inspiração na CEDEAO, a Convenção apresenta similaridades com o Ato Adicional n. 1/01/10, no entanto se diferencia ao focar em cibersegurança e proteção de dados ao invés da integração econômica.

3.2.2.3 Sistema de Regras Transfronteiriças de Privacidade (CBPR) da Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC)

A APEC é o principal fórum econômico da Ásia-Pacífico que tem como objetivo apoiar o crescimento econômico sustentável e a prosperidade na região da Ásia-Pacífico. Os esforços da APEC se destinam a defender o comércio e o investimento livres e abertos, promover e acelerar a integração econômica regional, incentivar a cooperação econômica e técnica, reforçar a segurança humana e facilitar um ambiente empresarial favorável e sustentável. O fórum foi criado em 1989 com 12 países fundadores e atualmente conta com 21 economias⁵⁸ (APEC, 2024).

Em 2011, no âmbito de proteger dados pessoais e facilitar o comércio em benefício dos consumidores e das empresas⁵⁹, APEC criou o Sistema de Regras Transfronteiriças de Privacidade (CBPR) para promover a interoperabilidade da regulamentação da privacidade por meio da aplicação de normas mínimas (CASALINI; GONZÁLEZ, 2019, p. 24). O CBPR da

⁵⁷ “Por exemplo, o Quadro de Implementação do Regulamento de Proteção de Dados de 2020 da Nigéria baseia-se expressamente na convenção para remediar qualquer defeito no regulamento nigeriano. A Lei de Proteção de Dados do Quênia também mandata o gabinete do Comissário de Dados para garantir o cumprimento pelo país das convenções e acordos internacionais em contemplação da Convenção de Malabo” (BABALOLA, 2024, p. 4)

⁵⁸ “A palavra "economias" é utilizada para descrever os membros da APEC porque o processo de cooperação da APEC está predominantemente relacionado com questões comerciais e econômicas, com os membros interagindo uns com os outros como entidades econômicas” (APEC, 2024).

⁵⁹ Conforme Callo-Müller (2018) complementa: “em 2012, os EUA tornaram-se a primeira economia membro a participar no sistema CBPR. Em agosto de 2012, a IBM tornou-se a primeira empresa a obter a certificação CBPR”.

APEC se baseia em um conjunto de princípios e orientações que não se aplicam como lei, para isto, os membros concordam em seguir as disposições do sistema estabelecendo ou alterando suas legislações nacionais (SULLIVAN, 2019, p. 384).

O CBPR “é uma certificação de privacidade de dados apoiada pelo governo à qual as empresas podem aderir para demonstrar a conformidade com proteções de privacidade de dados reconhecidas internacionalmente”, para isso, o sistema implementa o Quadro de Privacidade da APEC aprovado pelos líderes da APEC em 2005 e atualizado em 2015⁶⁰ (APEC, 2023). Para aderir ao CBPR, os membros devem inicialmente seguir as regras sobre *compliance* do Quadro de Privacidade, sendo que há dois níveis de candidaturas: (I) como economia membro, em que os requisitos de conformidade serão avaliados pelo Painel de Supervisão Comum, havendo ainda a apresentação de um relatório ao Presidente do Grupo Diretor do Comércio Eletrônico; ou (II) como empresa⁶¹, em que os requisitos de conformidade serão avaliados por um agente de responsabilização (CALLO-MÜLLER, 2018).

O sistema *CBPR* representa um conjunto voluntário de padrões projetado para proteger o fluxo transfronteiriço de dados pessoais baseado na responsabilidade entre os membros. Frisa-se que o Quadro da APEC se trata de uma norma acordada, portanto não é aplicável como lei, isto é, “o Quadro, como o seu título sugere, estabelece os elementos básicos para as normas mínimas de proteção de dados que as economias membros da APEC concordam em utilizar ao estabelecer ou alterar a sua legislação nacional” (SULLIVAN, 2019, p.384). De tal modo, nas legislações nacionais em que não há requisitos de proteção aos dados pessoais, o sistema fornece um nível mínimo de proteção (ALMEIDA FILHO, 2020, p. 94), assim:

Atualmente, a tendência a nível mundial é intensificar o nível de regulamentação para o processamento e transferência de dados pessoais. Neste contexto, faz todo o sentido para as empresas, mesmo nas economias da APEC sem leis de proteção de dados em vigor, adotar normas mínimas como as incluídas no Quadro de Privacidade da APEC. As empresas que se preparam para os mercados internacionais devem, pelo menos, implementar modelos e processos empresariais à luz dos requisitos do CBPR. No entanto, as economias da região da APEC devem estar cientes de que as leis nacionais de proteção de dados noutras jurisdições (por exemplo, o RGPD) podem exceder essas normas mínimas (CALLO-MÜLLER, 2018). (...) as empresas e os governos certificados trabalham em conjunto para garantir que, quando as informações pessoais atravessam fronteiras, são protegidas de acordo com as normas prescritas pelos requisitos do programa do sistema e são aplicáveis em todas as jurisdições participantes (APEC, 2023).

⁶⁰ Seguido da atualização das Diretrizes da OCDE em 2013.

⁶¹ Conforme Sullivan (2019, p. 384) destaca, das empresas dos Estados Unidos que aderiram ao sistema CBPR, nota-se principalmente a presença de multinacionais, na sua maioria empresas de tecnologia.

No Preâmbulo do Quadro de Privacidade, reconhece-se os benefícios sociais e econômicos das TICs, entretanto, pondera-se que coletar, analisar e utilizar grandes quantidades de dados, dificulta o controle sobre as informações pessoais dos indivíduos, portanto, “é necessário promover e aplicar práticas de informação éticas e fiáveis em contextos em linha e fora de linha para reforçar a confiança dos indivíduos e das empresas” (APEC, 2015). A norma do sistema CBPR se assemelhava inicialmente às diretrizes da OCDE e, após sua atualização em 2015, mesmo mantendo coerência com o acordo, adaptou-se às realidades da região Ásia-Pacífico ao buscar conciliação entre (I) privacidade com necessidades empresariais, sociais e comerciais, e (II) reconhecimento das diversidades culturais entre as economias membro:

O quadro, que visa promover o comércio eletrônico em toda a região da Ásia-Pacífico, é coerente com os valores fundamentais das diretrizes da OCDE sobre a proteção da privacidade e os fluxos transfronteiriços de dados pessoais (diretrizes da OCDE) e reafirma o valor da privacidade para os indivíduos e para a sociedade da informação. A versão anterior do Quadro (2005) baseava-se nas Orientações da OCDE (1980) que, na altura, representavam o consenso internacional sobre o que constitui um tratamento justo e fiável das informações pessoais. O Quadro atualizado (2015) baseia-se nos conceitos introduzidos nas Orientações da OCDE (2013), tendo devidamente em conta as diferentes características jurídicas e o contexto da região da APEC (APEC, 2015).

Na Parte III, o Quadro de Privacidade elenca nove princípios que em vez de serem analisados isoladamente, devem ser vistos e interpretados como um todo, isto é: prevenção de danos, aviso, limitações de coleta, utilização de informações pessoais, escolha, integridade das informações pessoais, garantias de segurança, acesso e correção, responsabilidade (APEC, 2015). Os princípios do Quadro da APEC se assemelham em grande medida aos princípios previstos nas Diretrizes da OCDE de 2013 relativas ao tratamento de dados, por outro lado, quando comparado com os princípios do RGPD, observa-se que há áreas de sobreposição, conforme Callo-Müller (2018) apresenta:

Por exemplo, os princípios de privacidade da informação da APEC de "aviso", "escolha" e "limitação da recolha" são semelhantes aos princípios do RGPD de "legalidade, equidade e transparência". O princípio da privacidade da informação da APEC de "prevenir danos" exige a notificação de violações de dados significativas às Autoridades de Controle da Privacidade, o que está em consonância com o princípio da "responsabilidade" constante do RGPD. Noutros casos, o RGPD contém princípios que vão além dos princípios de privacidade contidos nas Diretrizes da OCDE ou no Quadro de Privacidade da APEC. É o caso do princípio de "exatidão" do tratamento de dados do RGPD, que só parcialmente se reflete no princípio da "integridade das informações pessoais" da APEC, exceto no que se refere à obrigação dos responsáveis pelo tratamento de apagar ou retificar sem demora os dados inexatos. O único princípio do RGPD que aparentemente não tem contrapartida nos princípios da privacidade da informação da APEC é o princípio da "limitação da conservação", que exige que os dados não sejam conservados durante mais tempo do que o necessário.

Do ponto de vista da conformidade das empresas, o CBPR é considerado mais atrativo do que o modelo da EU por facilitar os fluxos transfronteiriços de dados, ser menos complexo e ter menos normativas. Enquanto o RGPD tem como principal objetivo proteger os dados pessoais e a privacidade individual, o CBPR busca facilitar os fluxos de dados transfronteiriços (SULLIVAN, 2019, p. 385), inclusive sendo explicitamente criado para orientar o desenvolvimento de "proteções de privacidade eficazes que evitem barreiras aos fluxos de informação e assegurem a continuação do comércio e do crescimento econômico na região da APEC" (APEC, 2015).

Em síntese, o CBPR estabelece normas fundamentais para a proteção dos dados pessoais, a fim de facilitar os fluxos transfronteiriços de dados pessoais, numa tentativa de conciliar a proteção dos dados pessoais com o comércio de empresas e países. Apesar das aplicações específicas para a região da Ásia-Pacífico, o sistema compartilha ideais semelhantes das Diretrizes da OCDE, servindo como um modelo de *compliance* para as economias membro.

3.2.2.4 Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia

No âmbito da União Europeia, a Diretiva 95/46/CE foi adotada como resultado dos esforços da Comissão Europeia para concretizar os objetivos do mercado único, sob o receio de existir diferentes padrões de proteção de dados entre os Estados-membros (ALMEIDA FILHO, 2020, p. 94), sendo que a abordagem regulatória harmonizou a liberalização econômica do comércio com políticas sobre dados pessoais para proteger as liberdades civis (SCHWARTZ, 2013, p. 1972). Em maio de 2018, a Diretiva foi revogada pelo novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Os princípios e as regras relativas ao RGPD se orientam a respeitar direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente o direito à proteção dos dados pessoais, independentemente da nacionalidade ou do local de residência dessas pessoas. Entretanto, frisa-se que este direito não é absoluto já que deve ser considerado sua função na sociedade, equilibrando com outros direitos fundamentais e atendendo o princípio da proporcionalidade (MOREIRA, 2023, p. 361). O artigo 5º do capítulo II do RGPD elenca diversos princípios relativos ao tratamento de dados pessoais, sendo-os:

1. Os dados pessoais são:

- a) Objeto de um tratamento lícito, leal e transparente em relação ao titular dos dados («licitude, lealdade e transparência»);
 - b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas e não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades; o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1 («limitação das finalidades»);
 - c) Adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados («minimização dos dados»);
 - d) Exatos e atualizados sempre que necessário; devem ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou retificados sem demora («exatidão»);
 - e) Conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1, sujeitos à aplicação das medidas técnicas e organizativas adequadas exigidas pelo presente regulamento, a fim de salvaguardar os direitos e liberdades do titular dos dados («limitação da conservação»);
 - f) Tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação accidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas («integridade e confidencialidade»);
2. O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto no n.º 1 e tem de poder comprová-lo («responsabilidade») (UE, 2016).

O RGPD é o principal instrumento regulatório da UE que defende direitos e liberdades de pessoas singulares, nomeadamente o direito à proteção dos dados pessoais, elevando-o a nível de direito fundamental desde 2007⁶². O RGPD segue muitos aspectos da Diretiva 95/46/CE, especialmente quanto a harmonização de conceitos, princípios e aspectos sobre a coleta, processamento e armazenamento de dados pessoais, com o diferencial de apresentar caráter vinculante a todos Estados-membros. Uma das características desse modelo é o alcance extraterritorial de padrões de proteção de dados bem como de aplicação de possíveis sanções por autoridades europeias. (BRANDÃO, 2020, p. 86-87).

O efeito extraterritorial do RGPD indica que o tratamento de dados pessoais se efetua “no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União” (UE, 2016). O Regulamento se aplica “quando os dados pessoais são processados e as disposições de âmbito material e territorial do RGPD são cumpridas” (VOSS,

⁶² Vale ressaltar que não são abrangidos pelo RGPD por terem legislações específicas: (I) segurança pública; (II) tratamento de dados pessoais pelas instituições da UE; (III) tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas ou dados pessoais de pessoas falecidas (VOSS, 2020, p. 495).

2020, p. 494), logo as regras se aplicam para quaisquer países e empresas que mantiverem relações com a UE mesmo quando não estiverem dentro do bloco⁶³: “assim, independentemente da localização física dos servidores do prestador de serviços ou bens, o tratamento de dados pessoais de residentes na União Europeia encontra-se protegido pelas normas europeias” (MOREIRA, 2023, p. 362). De tal modo:

O Regulamento Geral de Proteção de Dados gerou efeitos para estabelecimentos externos à União Europeia, Estados terceiros e usuários da internet, inspirando a reorganização interna de empresas e a edição de novas leis por outros países, as quais visam atender o standard de proteção de dados proposto pelo Regulamento (GNOATTON, 2021, p. 40-41).

A União Europeia se destaca na difusão de normas, padrões, produção e prestação de serviços internacionais (GNOATTON, 2021, p. 38). Anu Bradford (2012, p. 5-6) propõe que restrições impostas e exportadas ao mercado global são possíveis porque a União Europeia, por ser o maior mercado interno do mundo, ampara-se em fortes instituições regulatórias capazes de impor suas normas aos mercados de consumo. Nessa lógica, companhias multinacionais seguem os altos padrões exigidos de sua produção global para reduzir custos relacionados à adequação de legislações singulares (GNOATTON, 2021, p. 38).

Os efeitos internacionais do RGPD repercutem por meio de duas perspectivas: “i) do potencial de globalização regulatória unilateral da União Europeia – em outras palavras, do Efeito Bruxelas; e ii) das medidas inseridas deliberadamente pela União Europeia no Regulamento para impulsionar sua influência no mercado internacional e nos Estados terceiros” (GNOATTON, 2021, p. 40).

No âmbito do RGPD, o artigo 4º, alínea 1), define que dados pessoais são:

«Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;⁶⁴

Quanto ao tratamento transfronteiriço, a alínea 23), do artigo 4º, define-se que:

⁶³ Nos termos do artigo 3º do RGPD, Voss (2020, p. 497) complementa que “o RGPD se aplica à determinadas empresas, mesmo que estas não tenham um estabelecimento na União Europeia”, além disso, “se o responsável pelo tratamento estiver estabelecido na União Europeia, mas a legislação de um Estado-Membro da UE for aplicável através do direito internacional público, o RGPD também será aplicável”.

⁶⁴ No mesmo artigo há a distinção de dados pessoais para dados genéticos (al. 13), dados biométricos (al. 14) e dados relativos à saúde (al. 15).

- a) O tratamento de dados pessoais que ocorre no contexto das atividades de estabelecimentos em mais do que um Estado-Membro de um responsável pelo tratamento ou um subcontratante na União, caso o responsável pelo tratamento ou o subcontratante esteja estabelecido em mais do que um Estado-Membro; ou
- b) O tratamento de dados pessoais que ocorre no contexto das atividades de um único estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante, mas que afeta substancialmente, ou é suscetível de afetar substancialmente, titulares de dados em mais do que um Estados-Membro;

O capítulo V do RGPD trata sobre transferências de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais e destaca que “todas as disposições do presente capítulo são aplicadas de forma a assegurar que não é comprometido o nível de proteção das pessoas singulares garantido pelo presente regulamento” (UE, 2016). Uma das modalidades em que o RGPD autoriza o fluxo de dados ocorre a partir da transferência com base numa decisão de adequação⁶⁵. Nesse sentido, o artigo 45 indica que cabe a Comissão Europeia (CE) avaliar se o país terceiro ou a organização internacional em causa assegura um nível de proteção adequado, levando em consideração diversos⁶⁶ aspectos previstos no RGPD: em síntese, o artigo dispõe o dever de se comprovar que o sistema estrangeiro é substancialmente equivalente ao da UE.

A CE considera que “normas de proteção de dados da UE não podem ser objeto de negociações no quadro de um acordo de comércio livre”, entretanto reconhece que uma decisão de adequação “é a melhor forma de instaurar a confiança mútua, o que garante a circulação de dados pessoais sem restrições e facilita, portanto, as trocas comerciais que envolvem transferências de dados pessoais para o país terceiro em causa” (CE, 2017, p. 10). Portanto,

⁶⁵ Conforme pontua Moreira (2023, p. 366), a decisão de adequação (ato de execução) será reavaliada periodicamente, para garantir que o nível de proteção se mantenha de no mínimo a cada quatro anos.

⁶⁶ O artigo 45 elenca que a CE deverá avaliar os seguintes elementos: “a) O primado do Estado de direito, o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, a legislação pertinente em vigor, tanto a geral como a setorial, nomeadamente em matéria de segurança pública, defesa, segurança nacional e direito penal, e respeitante ao acesso das autoridades públicas a dados pessoais, bem como a aplicação dessa legislação e das regras de proteção de dados, das regras profissionais e das medidas de segurança, incluindo as regras para a transferência ulterior de dados pessoais para outro país terceiro ou organização internacional, que são cumpridas nesse país ou por essa organização internacional, e a jurisprudência, bem como os direitos dos titulares dos dados efetivos e oponíveis, e vias de recurso administrativo e judicial para os titulares de dados cujos dados pessoais sejam objeto de transferência; b) A existência e o efetivo funcionamento de uma ou mais autoridades de controlo independentes no país terceiro ou às quais esteja sujeita uma organização internacional, responsáveis por assegurar e impor o cumprimento das regras de proteção de dados, e dotadas de poderes coercitivos adequados para assistir e aconselhar os titulares dos dados no exercício dos seus direitos, e cooperar com as autoridades de controlo dos Estados-Membros; e c) Os compromissos internacionais assumidos pelo país terceiro ou pela organização internacional em causa, ou outras obrigações decorrentes de convenções ou instrumentos juridicamente vinculativos, bem como da sua participação em sistemas multilaterais ou regionais, em especial em relação à proteção de dados pessoais”.

compreende-se que a decisão de adequação reduz riscos de países terceiros impor exigências injustificadas por motivos de proteção, localização ou conservação de dados⁶⁷.

Ao país terceiro ou à organização internacional que não foi contemplada pela decisão de adequação, os responsáveis pelo tratamento ou os subcontratantes somente poderão transferir dados pessoais “se tiverem apresentado garantias adequadas, e na condição de os titulares dos dados gozarem de direitos oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes.

O artigo 47 contempla regras vinculativas sobre transferências de dados para empresas que vão desde a aplicação dos princípios gerais de proteção de dados até aos direitos dos titulares de dados. Além disso, no artigo 49, dispõe-se derrogações para situações específicas⁶⁸, isto é, na falta de uma decisão de adequação ou de garantias adequadas, as transferências de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais só são efetuadas nas condições previstas no artigo.

A CE prevê no artigo 50 mecanismos para a cooperação internacional no domínio da proteção de dados pessoais, nomeadamente:

[...] (a) estabelecer regras internacionais de cooperação destinadas a facilitar a aplicação efetiva da legislação em matéria de proteção de dados pessoais; (b) Prestar assistência mútua a nível internacional no domínio da aplicação da legislação relativa à proteção de dados pessoais [...]; (c) associar as partes interessadas aos debates e atividades que visem intensificar a cooperação internacional no âmbito da aplicação da legislação relativa à proteção de dados pessoais; e (d) Promover o intercâmbio e a documentação da legislação e das práticas em matéria de proteção de dados pessoais [...].”

A União Europeia tem interesse na liberalização econômica do comércio e no acesso à economia global da informação pois reconhece o valor monetário dos fluxos internacionais de informação (SCHWARTZ; PEIFER, 2017, p. 130). O modelo deliberadamente impõe forte relevância na economia global e influencia diversos países na regulamentação de dados pessoais, incluindo o Brasil por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (BRANDÃO, 2020, p. 87).

⁶⁷ Para Sullivan (2019, p. 385), a adoção generalizada do modelo da UE pode fazer com que mais transferências sejam realizadas a partir da decisão de adequação.

⁶⁸ Como exemplo, Sullivan (2019, p. 386) comenta: “A UE não considera que as leis dos EUA proporcionem proteção de dados adequada. Para resolver esta questão e facilitar os fluxos de dados entre a UE e os EUA, o *Privacy Shield* foi acordado em 2016, na sequência da conclusão de que o seu antecessor, o Quadro de Porto Seguro UE-EUA ao abrigo da Diretiva de 1995, era inadequado. O *Privacy Shield* aplica os padrões de proteção de dados exigidos pela UE por meio de um esquema voluntário de adesão muito semelhante ao CBPR.”

O modelo de proteção e transmissão dos fluxos de dados criado pelo RGPD eleva a proteção dos dados pessoais e o respeito pela vida privada ao nível de direito fundamental. As inovações do regulamento fornecem bases para consolidar o protagonismo da UE no comércio internacional e influenciar empresas dentro e fora do território europeu a seguir suas regras de *compliance*. Por fim, torna-se útil avaliar outros instrumentos em que os fluxos transfronteiriços de dados são regulamentados no comércio internacional.

3.3 ACORDOS COMERCIAIS

No âmbito da OMC, discussões acerca do fluxo transfronteiriço no comércio internacional tendem a ser vagarosas e pouco progresso é feito ao longo dos anos, como alternativa, cada vez mais Acordos Comerciais Regionais (ACR) são elaborados para abordar sobre o tema (LÓPEZ-GONZÁLEZ, CASALINI; NEMOTO, 2020, p. 62). De acordo com o Trade Agreements Provisions on Electronic-commerce and Data (TAPED), de 2008 a 2020, 73 economias assinaram disposições sobre fluxos de dados em 29 acordos.

Dentre os acordos comerciais que preveem dispositivos regulando o fluxo transfronteiriço de dados, tem-se:

Figura 3 - Acordos Comerciais que regulam fluxos transfronteiriços de dados

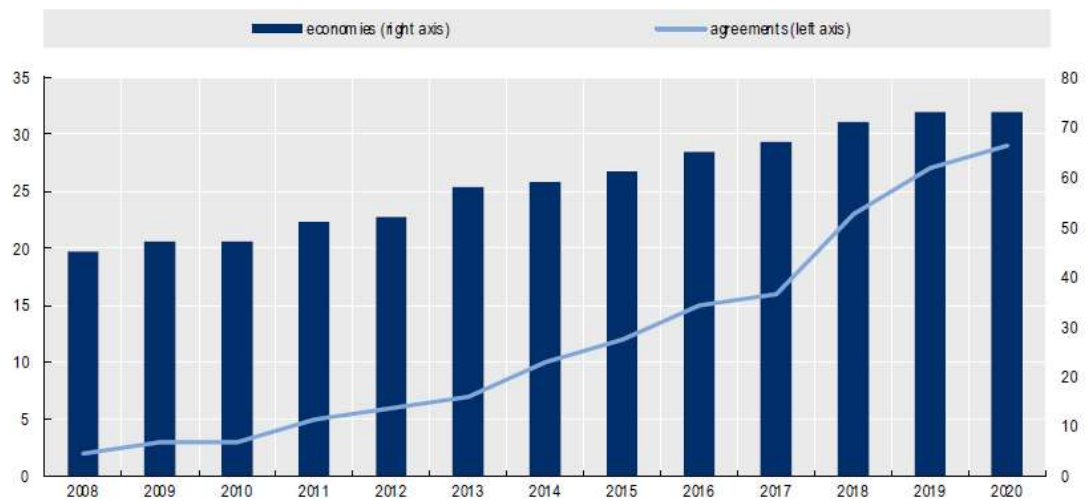
Agreement
CPTPP (Australia, Brunei, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, and Vietnam)
USMCA (Canada, Mexico and the United States)
Korea-US FTA
Chinese Taipei - Nicaragua FTA
Canada - Peru FTA
Caribbean Forum - EC EPA
Cameroon - EC Interim EPA
Hong Kong - New Zealand FTA
Korea - Peru FTA
Central America – Mexico FTA

Colombia - Costa Rica FTA
Canada - Honduras FTA
Pacific Alliance Additional Protocol (PAAP)
Mexico - Panama FTA
Canada - Korea FTA
Japan - Mongolia FTA
Korea - Vietnam FTA
Chile - Uruguay FTA
Australia – Singapore FTA
Argentina - Chile FTA
Singapore – Sri Lanka FTA
Australia - Peru FTA
EU - Mexico Modernised Global Agreement
Brazil - Chile FTA
EU - Japan EPA
Indonesia - Australia CEPA
Japan - US Digital Trade Agreement
Digital Economy Partnership Agreement between Chile, New Zealand and Singapore (DEPA)
Singapore - Australia Digital Economy Agreement (SADEA)

Fonte: Addressing Impediments to Digital Trade⁶⁹

Figura 4 – Número de acordos comerciais com disposições sobre fluxos de dados

⁶⁹ LÓPEZ-GONZÁLEZ, Javier; CASALINI, Francesca; NEMOTO, Taku. Mapping approaches to cross-border data flows, p. 71. In.: Borchert, I and L Winters (eds), 'Addressing Impediments to Digital Trade', CEPR Press, Paris & London, 2021. Disponível em: <https://cepr.org/publications/books-and-reports/addressing-impediments-digital-trade>



Fonte: Addressing Impediments to Digital Trade⁷⁰

Dispositivos relacionados ao tratamento dos dados variam em densidade e profundidade nos acordos comerciais, no entanto existe a tendência de que todos tipos de dados são abrangidos. Para López-González, Casalini e Nemoto (2020, p. 62), há, portanto, três categorias de acordos sobre fluxos de dados do qual é possível diferenciá-los: (I) acordos não vinculativos que reafirmam a importância de manter o fluxo de dados, como o ACL Coreia-Peru e o ACL América Central-México; (II) acordos com previsões de reavaliação dos próprios dispositivos relacionados aos fluxos de dados em futuras revisões, a exemplo dos acordos entre UE-Japão e UE-México; e, (III) acordos que preveem regras vinculativas relativas às transferências de dados, como o Acordo Abrangente e Progressivo para Parceria Transpacífica (CPTPP) e o Acordo entre Estados Unidos, México e Canadá (USMCA)⁷¹.

Via de regra, esses acordos preveem dispositivos em que há algum grau de restrição dos dados. A circulação plena e sem entraves representa uma exceção já que países utilizam os fluxos de dados como matéria legítima de política pública e, embora normalmente os parâmetros do que pode ou não ser legítimo não sejam tão claros, esse tipo de regulamentação permite que países garantam um nível de controle sobre o tema a nível nacional. Além disso,

⁷⁰ LÓPEZ-GONZÁLEZ, Javier; CASALINI, Francesca; NEMOTO, Taku. Mapping approaches to cross-border data flows, p. 62. In.: Borchert, I and L Winters (eds), 'Addressing Impediments to Digital Trade', CEPR Press, Paris & London, 2021. Disponível em: <https://cepr.org/publications/books-and-reports/addressing-impediments-digital-trade>

⁷¹ De acordo com López-González, Casalini e Nemoto (2020, p. 62), "O número de acordos comerciais que se enquadram nesta última categoria tem vindo a aumentar nos últimos anos".

muitos acordos consagram exceções relacionadas aos princípios de não discriminação e de não restrição desnecessária ao comércio ou, ainda, como é o caso da Parceria Econômica Regional Abrangente (RCEP), uma exceção que permite às partes aplicar uma medida para proteger ‘interesses essenciais de segurança’ quando relacionado ao fluxo de dados (LÓPEZ-GONZÁLEZ, CASALINI; NEMOTO, 2020, p. 63).

Da análise dos 29 acordos mencionados na tabela, todos incluem disposições relacionadas a proteção de informações pessoais e a defesa dos consumidores, além disso, os acordos abordam cada vez mais elementos de confiança:

Embora alguns apenas reconheçam a importância dessas disposições, todos os acordos que incluem regras vinculativas em matéria de fluxo de dados também exigem ou promovem a adoção de legislação nacional em matéria de privacidade e proteção de dados. Isto inclui o incentivo às partes para que tenham em conta as normas e orientações internacionais em matéria de proteção das informações pessoais (incluindo algumas descritas na secção relativa aos acordos plurilaterais) (LÓPEZ-GONZÁLEZ, CASALINI; NEMOTO, 2020, p. 63)

Nota-se que países abordam cada vez mais os fluxos de dados nos seus acordos comerciais. Apesar de não haver um único modelo, há diversos pontos em comum entre diferentes instrumentos quando se aborda sobre a privacidade dos consumidores. Em síntese, os países optam por diferentes ou múltiplas formas para regulamentar os fluxos transfronteiriços de dados, havendo certo grau de complementariedade entre os acordos multilaterais e os mecanismos unilaterais que serão investigados a seguir.

3.4 MECANISMOS UNILATERAIS

Outros instrumentos que possibilitam o fluxo transfronteiriço de dados são abordagens nacionais que permitem a transferência de certos tipos de dados para fora do território nacional sob determinadas condições, conhecidos como mecanismo unilaterais. Dentre os mecanismos, encontram-se: “princípios de responsabilização *ex post*, contratos, decisões de adequação do setor privado e do setor público, cláusulas contratuais normalizadas ou pré-aprovadas e regras vinculativas para as empresas” (LÓPEZ-GONZÁLEZ, CASALINI; NEMOTO, 2020, p. 63)

A responsabilização *ex post* ocorre quando os fluxos transfronteiriços de dados podem ser realizados sem requisitos específicos, como medidas legais adicionais. Há uma ‘confiança’ depositada ao titular dos dados no sentido de que se os dados forem mal tratados/utilizados no país terceiro, o responsável pelo tratamento dos dados no país regulador será responsabilizado. Outra modalidade ocorre por meio de contratos em que entidades que transferem dados são

encorajadas ou obrigadas a desenvolver seus próprios instrumentos jurídicos no intuito de proteger dados pessoais que atravessam fronteiras. Ou, também a modalidade pela qual o titular de dados é responsável por avaliar a adequação das transferências de dados do setor privado, muitas vezes, com base em princípios ditados pelo setor público (LÓPEZ-GONZÁLEZ, CASALINI; NEMOTO, 2020, p. 63).

A decisão de adequação também representa um dos mecanismos para a transferência de dados. A decisão representa o reconhecimento unilateral de um órgão público que certifica que outra jurisdição cumpre determinado nível de proteção de dados pessoais – a obtenção deste reconhecimento garante o fluxo sem entraves para a jurisdição contemplada pela decisão. Para exemplificar no RGPD, A CE, a partir dos elementos do artigo 45, elenca como será avaliada o nível de proteção do país terceiro, deste modo:

É importante mencionar nesse contexto que uma decisão de adequação não é apenas uma empreitada jurídica, mas também é uma empreitada econômica e política, uma vez que antes do protocolo do pedido, os países solicitantes negociam a possibilidade de ter uma decisão junto ao Bloco, bem como possíveis acordos econômicos que podem ser negociados em paralelo (GOMES; ZAPPELINI, 2020).

Da mesma forma, com base no artigo 34 da LGPD, cabe a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) analisar o nível de adequação dos países estrangeiros, sendo que, no inciso I do artigo 33, autoriza-se a possibilidade de transferência internacional de dados pessoais para países ou organismos internacionais nestas condições (BRASIL, 2018).

Já as salvaguardas jurídicas *ex ante* representam garantias jurídicas que vão desde garantias contratuais a regras vinculativas para as empresas, que asseguram, antecipadamente, níveis uniformes de proteção e aplicação na jurisdição de destino – “por vezes utilizados como alternativa quando não foi tomada uma decisão pública de adequação” (LÓPEZ-GONZÁLEZ, CASALINI; NEMOTO, 2020, p.63).

Isso posto, compreende-se o papel dos mecanismos unilaterais como método para a regulamentação dos fluxos transfronteiriços de dados especialmente quando se trata de regras de compliance para qual empresas e países devem adotar. Nesse caminho, torna-se relevante avaliar os modelos regulatórios apresentados e aplicá-los ao sistema multilateral de comércio de bens representado pela OMC. Assim, passa-se a análise dos fluxos transfronteiriços de dados no âmbito do GATT.

4 REGULAÇÃO DE FLUXOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE DADOS NO GATT: ANÁLISE INSTITUCIONAL E INTERPRETATIVA

Tratados comerciais internacionais almejam manter sua relevância e eficácia ao longo do tempo, especialmente no contexto do comércio eletrônico, no qual a tecnologia está em constante evolução. Atualmente, a OMC enfrenta diversos desafios que impedem seu pleno funcionamento. Esses impasses institucionais são contornados pela proliferação de Acordos Regionais de Comércio (ACR), os quais ganharam espaço devido à falta de regulamentação em variadas áreas desde o final da Rodada Doha.

Com a falta de disposições sobre produtos digitais no GATT, o painel China – Audiovisuais (DS363) é um caso emblemático para fornecer observações sobre a interpretação do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) em relação aos elementos que compõem os fluxos transfronteiriços de dados no comércio internacional.

Diante disto, o estudo se desdobra para a análise das decisões proferidas pelo OSC como fonte primária para a regulamentação de produtos digitais no GATT e da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) como meio complementar para investigar se é possível utilizar da interpretação evolutiva no GATT por meio da abordagem teleológica.

4.1 DIFICULDADES INSTITUCIONAIS DA OMC NO SISTEMA INTERNACIONAL DE COMÉRCIO

O GATT, firmado em 1947, em Genebra, foi o acordo firmado inicialmente por 23 membros que visava “à redução substancial das tarifas aduaneiras e de outras barreiras às permutas comerciais e à eliminação do tratamento discriminatório, em matéria de comércio internacional” (GATT, 1947). É constituído por disposições, protocolos e certificações que estabelecem regras para grande parte do comércio mundial de mercadorias, em especial: protocolos e certificações relativos a concessões tarifárias; protocolos de adesão; decisões das partes contratantes; e, diversos entendimentos. No ano de 2024, o tratado se encontra sobre o amparo da OMC, cujos membros somam 164 países, representado a maior parte do comércio mundial (TREMATERRA, 2020, p. 71). A OMC, resultado da Rodada Uruguai, conta, além dos acordos obrigatórios, com o OSC para a vigilância e o cumprimento das normas do sistema multilateral de comércio, cujo desenho jurídico passou “(...) a representar uma espécie de Corte Internacional para assuntos comerciais” (STELZER, 2018, p. 61).

O comércio internacional é fundamental para o desenvolvimento econômico de todos os países e para isso se tornar realidade, sob o ponto de vista do OMC, é essencial promover cooperação internacional para a boa governança global do comércio e do desenvolvimento. Dessa forma, tornou-se necessário um quadro legislativo que garantisse estabilidade, segurança e previsibilidade das políticas comerciais a fim de proteger os valores de justiça nas relações econômicas internacionais e, para esses objetivos, a OMC estabeleceu regras relacionadas a não discriminação no acesso ao mercado e ao comércio desleal, dispondo de vasta legislação institucional e processual para aplicá-las (TREMATERRA, 2020, p.71).

Desde a Rodada Doha, em 2001, a OMC enfrentou diversos impasses que impediram o pleno funcionamento da organização. O próprio formato das negociações representa um desafio significativo para o fechamento de acordos: todas as decisões são tomadas por consenso e cada membro possui direito a um voto. Dado o conflito de interesses entre os membros, poucos avanços têm sido alcançados, considerando que durante as negociações, os países membros se dividiram a respeito de duas posições: um grupo (praticamente todos os países desenvolvidos) desejava que os temas discutidos fossem decididos de forma isolada e o outro (países em desenvolvimento) insistia que os temas fossem discutidos em um pacote único (denominado *single undertaking*)⁷² (GALVÃO, 2020, p. 67-68).

A evolução do GATT/OMC que iniciou com pouco mais de vinte membros e no ano de 2024 conta com 164, é composta por economias com diferentes necessidades, aspirações e níveis de desenvolvimento, sendo clara a dificuldade atual de se chegar em um consenso para os variados temas que afetam os países de forma desigual: “a crescente divergência de interesses entre os membros da OMC tornou-se, com o tempo, outra fonte de enormes dificuldades nas negociações. Um número maior de países significa mais diversidade e, daí, interesses mais difusos” (GALVÃO, 2020, p. 67-68). Exemplo disso é visível nas Conferências Ministeriais realizadas após a Rodada Doha em que se desenvolveu a percepção de que países desenvolvidos detinham cada vez menos benefícios e cada vez maiores custos para a abertura de mercados aos países em desenvolvimento (GALVÃO, 2020, p. 70).

Com relação aos impasses da conclusão da Rodada Doha, Sutherland *et al* (2004, p. 19) comentam:

⁷² Frisa-se que a multiplicidade de temas e discussões não se resumem às duas posições apresentadas. Com a crescente inclusão de novos membros, divergências econômicas, políticas e ideológicas aumentaram e se tornaram mais complexas dificultando ainda mais as negociações (GALVÃO, 2020, p. 71).

No entanto, quase cinco décadas após a fundação do GATT, a NMF não é mais a regra; é quase a exceção. Certamente, muito mais comércio entre as principais economias ainda é realizado com base na NMF. Entretanto, o que tem sido chamado de “tigela de spaguetti” de uniões alfandegárias, mercados comuns, áreas de livre comércio regionais e bilaterais, preferências e uma variedade infinita de acordos comerciais diversos quase chegou ao ponto em que o tratamento NMF é um tratamento excepcional. Certamente, o termo pode ser melhor definido agora como LFN, Least-Favored-Nation treatment (tratamento da nação menos favorecida). Isso é importante? Acreditamos que isso é profundamente importante para o futuro da OMC.

Na impossibilidade de finalização de um amplo acordo multilateral, as alternativas encontradas aos desafios institucionais da OMC ocorrem por meio da celebração de acordos plurilaterais setoriais, “o que demanda uma rearquitetura da interpretação do papel da OMC na governança econômica global” (CAPUCIO; KALLAS E CAETANO, 2018, p. 284). Para Fiorentino, Verdeja e Toqueboeuf (2007, p. 13) a proliferação de acordos regionais de comércio confronta a idealização de um sistema multilateral baseado no consenso e fomenta um processo de ação-reação que pode criar acordos discriminatórios. Historicamente,

[...] a proliferação de RTAs foi associada a uma combinação de desenvolvimentos geopolíticos que remontam ao final da década de 1980 e início da década de 1990; os mais importantes incluíam dinâmicas multilaterais e regionais, bem como escolhas políticas individuais dos países. Em nível multilateral, a prolongada Rodada do Uruguai (1986-1994) levou vários países a buscar acordos preferenciais como um seguro contra um eventual fracasso das negociações comerciais multilaterais; Em nível regional, a fragmentação da antiga União Soviética e a dissolução do Conselho de Assistência Econômica Mútua (COMECON) geraram um novo grupo de ACRs entre as economias em transição e a União Europeia e os Estados da EFTA, bem como entre as próprias economias em transição (consulte a tabela 1); em nível nacional, a predominância da Europa nos ACRs começou a ser desafiada pela política de ACRs de países que tradicionalmente eram agnósticos a esses acordos preferenciais. Na década de 90, vimos o estabelecimento do NAFTA, do MERCOSUL e do AFTA, que tiveram um efeito dominó sobre as decisões de outros países de buscar ACRs; também vimos o surgimento de uma política de “regionalismo aditivo”, por meio da qual países como Chile, México e Cingapura se empenharam em forjar relações preferenciais com seus principais parceiros comerciais. Embora esporádicos em sua manifestação, esses desenvolvimentos combinados lançaram as sementes para o aumento dos RTAs que estamos testemunhando hoje (FIORENTINO; VERDEJA; TOQUEBOEUF, 2007, p. 13).

O aumento vertiginoso de acordos baseados primordialmente nas necessidades particulares de cada Estado (ao invés das necessidades conjuntas de um sistema multilateral) contribui para a erosão do princípio da não discriminação no comércio internacional. A existência de um emaranhado de acordos e regimes regulatórios diferentes comumente conflitantes afeta princípios de transparência e previsibilidade no comércio internacional, criando o efeito *spaguetti bowl*: um conjunto desordenado de regulamentações comerciais sobrepostas e inconsistentes entre si (CAPUCIO; KALLAS E CAETANO, 2018, p. 287-289).

Neste cenário, os ARC detêm a capacidade de desviar o foco e de promover desinteresse político no sistema multilateral⁷³ (FIORENTINO; VERDEJA; TOQUEBOEUF, 2007, p. 11).

A falta de regulamentação de temas deixado pelo congelamento da Rodada Doha faz com que iniciativas de regionalismo preencham esses espaços, “a sistemática de negociação passa a circular não mais em função de barganhas para o acesso a mercados através de cortes tarifários, mas em torno da capacidade de expansão de modelos regulatórios” (CAPUCIO; KALLAS E CAETANO, 2018, p. 291). Assim, os principais atores econômicos do comércio internacional se sobressaem ao criar e exportar modelos regulatórios visando estabelecer sistemas jurídico-institucionais que sirvam aos seus próprios interesses a outros países com os quais mantem relações comerciais. Este esforço é particularmente notável em países em desenvolvimento, onde frequentemente há uma lacuna em bases suas legislativas (CAPUCIO, 2014). Conseqüentemente, a expansão do regionalismo instiga reflexões acerca do papel dos ARC no comércio internacional, como Capucio e Kallas e Caetano (2018, p. 302) apontam:

O posicionamento passivo da OMC diante da avalanche de Acordos Regionais observada nas últimas décadas gera preocupações, principalmente quanto à diminuição de sua credibilidade e protagonismo internacional. E isso tendo em vista, ainda, a sua real capacidade e oportunidade de desempenhar um papel essencial de vetor dos benefícios do regionalismo na liberalização multilateral.

As implicações da não conclusão da Rodada Doha comprometem a credibilidade da OMC como fórum de discussões e soluções relacionados ao comércio internacional e desviam o foco das políticas comerciais fundamentadas pelo GATT e pela OMC para acordos que por natureza são discriminatórios (GALVÃO, 2020, p. 70). Apesar dos impasses, a OMC continua sendo fundamental na governança do comércio internacional e na promoção de um sistema de comércio baseado em regras. Parte dos desafios se relaciona a capacidade de adaptação às mudanças no cenário econômico global, razão pela qual se avalia a possibilidade de regulamentação dos fluxos transfronteiriços de dados no GATT. Mesmo não havendo menção direta, as fontes regulatórias que moldam o comércio internacional abrem margem para interpretar se as regras gerais se aplicam a produtos não previstos no momento da ratificação

⁷³ Frisa-se, entretanto, que tanto o sistema multilateral de comércio quanto os ARCs compartilham o objetivo de liberalização do comércio e que, geralmente, os ARC são criados para aprofundar compromissos anteriormente acordados ou para incluir compromissos não abrangidos pela OMC (CAPUCIO; KALLAS E CAETANO, 2018, p. 289).

do acordo como novas tecnologias. Deste modo, passa-se a análise do GATT como fonte regulatória para o comércio baseado em dados.

4.2 PAINEL AUDIOVISUAIS (DS 363) COMO MARCO PARA A REGULAÇÃO DE PRODUTOS DIGITAIS NO OSC

Para analisar a compatibilidade do sistema multilateral de comércio de bens com o tratamento do fluxo de dados, é preciso avaliar inicialmente quais regras do GATT que, possivelmente, aplicar-se-iam ao caso. De imediato, é possível afirmar que os fluxos transfronteiriços de dados podem ter relação direta com: o artigo III, n. 4, que dispõe sobre tratamento nacional no tocante a tributação e regulamentação internas; o artigo XI, n.1, sobre proibição de restrições quantitativas; o artigo XX, que trata aborda cláusulas de exceções gerais; e, o artigo XXI, sobre exceções relativas à segurança. Desses dispositivos, nota-se a predominância barreiras não-tarifárias que se destinam a bloquear, restringir ou condicionar os fluxos internacionais de dados (RUOTOLO, 2018, p. 12).

Em 2007, o OSC da OMC instituiu um painel para avaliar uma disputa entre China e Estados Unidos relativa à aplicabilidade dos compromissos assumidos pela China em matéria de direitos comerciais às medidas relativas a filmes para exibição nos cinemas e a produtos audiovisuais inacabados. No caso, os EUA contestaram a China por violar obrigações da OMC relativas à importação e distribuição de bens e serviços relativos a (I) materiais de leitura (livros, jornais e revistas eletrônicas), (II) produtos audiovisuais para entretenimento doméstico, (III) registros sonoros e (IV) filmes destinados a projeção cinematográfica. Apesar de o painel tratar sobre arquivos digitais baixados (*digital downloads*), o caso é emblemático para compreender a interpretação do Órgão para diversos elementos que compõem o fluxo transfronteiriço de dados.

4.2.1 Reivindicações dos EUA

Em abril de 2007, os Estados Unidos solicitaram consultas ao OSC alegando que a China estava violando o Artigo 4 do Entendimento sobre Regras e Procedimentos que Regem a Solução de Controvérsias (DSU), o Artigo XXII do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio de 1994 (GATT 1994) e Artigo XXII do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS"), quando relacionado a:

- a) Medidas chinesas que são alegadas como restritivas de forma injustificada do direito de empresas na China e empresas estrangeiras e indivíduos a importar para a China materiais de leitura, produtos de entretenimento doméstico audiovisual, gravações sonoras e filmes para lançamento teatral ao limitar os direitos comerciais a empresas estatais chinesas;
- b) Medidas chinesas relacionadas à distribuição de materiais de leitura, serviços de distribuição de produtos de entretenimento doméstico audiovisual e serviços de distribuição de gravações sonoras (...)
- c) Medidas chinesas que supostamente não proporcionam tratamento nacional para materiais de leitura importados, gravações sonoras destinadas à distribuição eletrônica e filmes para lançamento teatral (...) (OMC, 2009, p. 2-3).

De tal forma, os EUA alegaram que a China agia de forma inconsistente com suas obrigações na OMC em razão de o país: (I) proibir empresas e indivíduos estrangeiros de importar materiais de leitura, produtos de entretenimento doméstico audiovisual (*AVHE*), gravações sonoras e filmes para lançamento teatral; (II) impor restrições injustas aos distribuidores estrangeiros; bem como, (III) utilizar-se de medidas restritivas para discriminar produtos.

A partir das violações referentes ao GATT, a acusação dos EUA indica que diversos produtos importados enfrentam desvantagens no mercado chinês e eram privados do tratamento nacional em relação aos equivalentes domésticos. Assim, a China:

[...] limita significativamente os distribuidores e os canais de distribuição disponíveis para materiais de leitura importados; impõem um regime de assinatura restritivo para uma grande parte desses produtos importados (...) discrimina as gravações sonoras importadas destinadas à distribuição eletrônica, impondo requisitos de revisão de conteúdo mais onerosos antes da distribuição (...) confina os filmes importados para lançamento teatral a dois distribuidores controlados pelo estado chinês. Em cada instância, a China concede tratamento aos materiais de leitura importados, gravações sonoras destinadas à distribuição eletrônica e filmes para lançamento teatral que é menos favorável do que o concedido a produtos domésticos semelhantes (OMC, 2009, p. 16).

Para isso, acusa-se a China de que tais medidas são inconsistentes com o artigo III:4 do GATT, relativo ao tratamento nacional, mais especificadamente:

ARTIGO III
TRATAMENTO NACIONAL NO TOCANTE A TRIBUTAÇÃO E
REGULAMENTAÇÃO INTERNAS.

(...)

4. Os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito às leis, regulamento e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno. Os dispositivos deste parágrafo não impedirão a aplicação de tarifas de transporte internas diferenciais, desde que se baseiem exclusivamente na operação econômica dos meios de transporte e não na nacionalidade do produto.

Para os EUA, o próprio OSC determina que para haver violação ao artigo III:4 do GATT é preciso identificar três elementos entre as restrições: que os produtos sejam similares; que a medida seja uma lei, regulamento ou requisito que afete o comércio; e, que o produto importado receba tratamento menos favorável que o similar nacional. Ao discorrer sobre produto similar, argumenta-se que as medidas chinesas fazem distinção entre produtos exclusivamente com base na origem, tendo como referência o painel Índia – Automóveis do OSC, em que "a origem [é] o único critério que distingue os produtos, é correto tratar tais produtos como produtos similares no sentido do Artigo III:4". Quanto ao segundo requisito em que se deve demonstrar como as medidas afetam o comércio, explica-se que o termo ‘afetar’ é compreendido como um amplo escopo de aplicação, e argumenta-se que a China criou regulamentos que disciplinam: (I) venda interna; (II) oferta para venda; (III) compra; e, (IV) distribuição ou uso de produtos similares importados e domésticos. Ao último elemento, alegou-se que as medidas em questão estavam modificando as condições de concorrência no mercado, tendo como referência o painel Canadá – Trigo do OSC, para indicar que "a imposição de requisitos adicionais, ou extras, aos produtos importados em comparação com produtos domésticos semelhantes constitui tratamento menos favorável" (OMC, 2009, p. 16-17).

Esses argumentos foram apresentados na primeira submissão escrita dos EUA ao painel. Diante desses argumentos, a China também submeteu seu parecer de acordo com as acusações feitas pelos EUA. De tal forma, passa-se para a análise da resposta chinesa ao painel do OSC.

4.2.2 Defesa Chinesa

A resposta da China à primeira submissão dos EUA ao painel se inicia afirmando que a queixa do país contra supostas restrições comerciais na verdade são interesses para (I) obter acesso ampliado ao mercado, (II) criar perspectivas de mercados mais liberais e (III) criar oportunidades comerciais mais fortes. Alega-se que os EUA ignoram a natureza dos bens e serviços em questão por estes se tratarem de vetores de identidade e valores culturais chineses, o que justificaria a implementação de medidas restritivas de forma compatível à OMC. Defende-se ainda que no momento de adesão à OMC, a China assumiu compromissos que foram definidos no objetivo de implementar uma liberalização sustentável e consistente do

comércio seguindo seus próprios e legítimos objetivos políticos no setor cultural (OMC, 2009, p. 18).

Para descrever os produtos, o parecer da China indica que os EUA cometeram equívocos nas descrições dos produtos e consideram que:

A presente disputa diz respeito a (i) materiais de leitura (livros, jornais, revistas e publicações eletrônicas) e seus serviços de distribuição correspondentes, (ii) produtos audiovisuais, incluindo os chamados "produtos audiovisuais de entretenimento doméstico" e "gravações sonoras" e seus serviços de distribuição correspondentes, (iii) serviços de música em rede (inadequadamente descritos como "serviços de distribuição eletrônica" pelos Estados Unidos) consistindo na disseminação de música via Internet e (iv) filmes para lançamento em cinemas (OMC, 2009, p. 19).

Enquanto os EUA alegam violações de direitos comerciais no setor de filmes para lançamento em cinemas na área de comércio de bens, a China afirma que esses sequer podem ser qualificados como bens e, portanto, não haveria justificativa para sustentar tais reivindicações. Isto é:

Enquanto os materiais entregues que "carregam" o filme são itens tradicionalmente tangíveis (filmes, no entanto, estão cada vez mais armazenados e transmitidos digitalmente e não mais "transportados" em bobinas), a existência desses materiais, que são meros acessórios a um serviço, não permite tratar filmes como bens.

A qualificação acima do negócio de filmes como um serviço é confirmada pelos principais instrumentos de classificação internacional relevantes. As atividades envolvidas na exploração de filmes para lançamento em cinemas são classificadas como serviços, e a única categoria de "bens" relacionada a filmes é o rolo de filme, que é descrito como um acessório para tais serviços (OMC, 2009, p. 20).

A legislação chinesa referente a regras para empresas cinematográficas "não trata a importação de filmes como importação de bens, mas como um serviço de licenciamento para os direitos de exploração de filmes para sua distribuição em cinemas" (OMC, 2009, p. 20). Portanto, as medidas que restringem a importação de filmes não se enquadrariam nas disposições relativas à importação de bens da OMC. Da mesma forma, considerou-se que para a importação de produtos audiovisuais utilizados para publicação não se relacionou à importação de bens, mas sim à licença de direitos autorais.

Quanto aos materiais de leitura e produtos audiovisuais, a China afirma deter o direito de regular o comércio em razão do artigo XX do GATT, que revela um quadro de exceções das quais admitem a adoção de medidas restritivas, isto é:

ARTIGO XX
EXCEÇÕES GERAIS

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas:
(a) necessárias à proteção da moralidade pública; (OMC, 1994)

A China considera que impor alto nível de proteção dos costumes públicos é de seu interesse vital e, por isso, utiliza-se de mecanismos de revisão de conteúdo apropriado para proibir qualquer bem cultural que possa ter impacto negativo aos costumes públicos. Por mais que o Protocolo de Adesão da China exija a liberalização do comércio, o acordo XX do GATT, admite o direito de o país regular o comércio em casos necessários à proteção da moralidade pública, portanto a restrição estaria justificada pela exceção prevista na norma do GATT.

O processo de seleção contestado pelos EUA na verdade seria uma expressão geral da OMC às obrigações dos membros o que garante margem para a implementação de políticas públicas das quais a China considera cruciais para a preservação de sua soberania.

As regulamentações chinesas contestadas que estabelecem um sistema de seleção de entidades de importação são necessárias para proteger os costumes públicos e totalmente justificadas sob o Artigo XX (a) do GATT.
A seleção de entidades de importação é projetada para proteger os costumes públicos na China. De fato, a China decidiu não permitir a importação de bens culturais, cujo conteúdo possa ter um impacto negativo nos costumes públicos, especialmente aqueles que retratam ou defendem violência ou pornografia (OMC, 2009, p. 21).

Após a primeira submissão da resposta chinesa, o painel do OSC abriu novas oportunidades para que as partes envolvidas bem como terceiros chamados a lide se manifestassem. No geral, a resposta chinesa tratou sobre materiais de leitura e produtos audiovisuais, incluindo gravações sonoras, das quais sequer considera um bem a ser disciplinado pelo GATT e, ainda, filmes para lançamento em cinemas, cuja restrição estaria autorizada pela exceção prevista no artigo XX, do GATT. Para compreender a presente controvérsia, passa-se a analisar a decisão do OSC e como isto repercute na regulamentação dos fluxos transfronteiriços de dados sob o GATT.

4.2.3 Entendimento do Painel

O contencioso em questão auxiliou a elucidar as funções e mecanismos sobre o tratamento nacional. Assim, no artigo III, encontra-se o princípio de não discriminação de produtos importados após ingressarem no mercado doméstico, sendo que no item 4, são

asseguradas exceções relacionadas à tributação. O Órgão de Apelação (OA) do OSC confirmou que para determinar se produtos importados e domésticos são semelhantes, a análise deve ser feita caso a caso⁷⁴. No âmbito do painel, uma violação por meio da internet ocorre na presença das seguintes condições: que a discriminação seja entre produtos similares; que as medidas discriminatórias estejam consubstanciadas em leis, regulamentos ou requisitos; que as medidas que afetem a sua venda interna, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização; e, que seja aplicado um tratamento menos favorável aos produtos importados quando comparados com os nacionais (OMC, 2009, p.413-417).

Com essas premissas, o painel examinou cada uma das condições acima separadamente, do qual se destacam as duas primeiras. Para isso, o painel se empenha para definir se os bens em análise são produtos similares, indicando que é preciso considerar: as propriedades, a natureza e qualidade dos produtos; as utilizações finais dos produtos; os gostos e hábitos dos consumidores; e, a classificação tarifária dos produtos⁷⁵. Assim, “uma determinação de ‘semelhança’ nos termos do Artigo III:4 do GATT 1994 é ‘fundamentalmente, uma determinação’ sobre a natureza e a extensão de uma relação competitiva entre produtos”

⁷⁴ Tal premissa parte da disputa no OSC entre o Canadá e as Comunidades Europeias - DS135, Medidas que afetam o amianto e os produtos que o contêm. A medida em questão se relacionava a proibição do amianto na França, sendo que: “Como o Órgão de Apelação considerou insuficiente a análise de similaridade do Painel entre as fibras de amianto e de PCG e entre os produtos à base de cimento contendo amianto e aqueles contendo fibras de PCG, ele reverteu as conclusões do Painel de que os produtos em questão eram similares e que a medida era inconsistente com o Art. III:4. (O Órgão de Apelação enfatizou a relação de concorrência entre os produtos como um fator importante para determinar a similaridade no contexto do Art. III:4 (cf. opinião concorrente separada de um membro do Órgão de Apelação). Então, tendo completado a análise de produtos similares, o Órgão de Apelação concluiu que o Canadá não havia conseguido demonstrar a semelhança entre os dois conjuntos de produtos e, portanto, provar que a medida era inconsistente com o Art. III:4” (OMC, 2024).

⁷⁵ A decisão do Painel se baseia em duas disputas ocorridas no OSC: JAPÃO - BEBIDAS ALCOÓLICAS III (DS8, 10, 11) e ESTADOS UNIDOS - GASOLINA1 (DS2). Na primeira, foi decidido que: “o shochu e o uísque, brandy, rum, gim, genebra e licores não eram tributados de forma semelhante para proteger a produção nacional, em violação ao Art. III:2. Modificando parte do raciocínio do Painel, o Órgão de Apelação esclareceu três questões distintas que devem ser abordadas para determinar se uma determinada medida é inconsistente com o Art. III:2: (i) se os produtos importados e nacionais são produtos diretamente competitivos ou substituíveis; (ii) se os produtos importados e nacionais diretamente competitivos ou substituíveis não são tributados de forma semelhante; e (iii) se a tributação diferente dos produtos importados e nacionais diretamente competitivos ou substituíveis é aplicada de forma a proteger a produção nacional. Já na segunda disputa: “O Painel constatou que a medida tratou a gasolina importada de forma “menos favorável” do que a gasolina nacional, violando o Art. III:4, uma vez que a gasolina importada efetivamente experimentou condições de vendas menos favoráveis do que aquelas oferecidas à gasolina nacional. Em particular, de acordo com a regulamentação, os importadores tiveram que se adaptar a um padrão médio, ou seja, a “linha de base estatutária”, que não tinha nenhuma conexão com a gasolina importada em particular, enquanto as refinarias de gasolina nacional tiveram que atender apenas a um padrão vinculado ao seu próprio produto em 1990, ou seja, a linha de base individual da refinaria”.

(OMC, 2009, p. 412)⁷⁶. Dessa análise, o painel declarou a similaridade entre produtos baixados *online* com seus homólogos físicos.

Portanto, para cada um dos três conjuntos de medidas contestados pelos Estados Unidos como violando o Artigo III:4 do GATT 1994 com relação a materiais de leitura, gravações de som destinadas à distribuição eletrônica e filmes para lançamento em cinemas, examinaremos primeiro se os Estados Unidos demonstraram que os produtos são similares e se as medidas são leis, regulamentos e exigências que afetam uma ou todas as transações enumeradas, ou seja, venda interna, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou uso dos produtos identificados, antes de analisarmos se as medidas proporcionam tratamento menos favorável (OMC, 2009, p. 412).

Em seguida, analisaram-se as medidas discriminatórias as quais se comprovaram, na verdade, que tinham apenas o objetivo de verificar o conteúdo dos produtos digitais para evitar a transmissão de ‘mensagens indesejadas’ e, portanto, a restrição se baseava em um fator interno distinto da importação, estando abrangido no âmbito do artigo III, n.4, do GATT (OMC, 2009, p. 412-440).

O painel considerou ainda que as medidas restritivas chinesas regulamentavam a maneira pela qual produtos digitais podem ser distribuídos (como canais de assinatura) e quem podia distribuí-los (ou seja, empresas totalmente estatais), afetavam negativamente a difusão destes produtos e, finalmente, infringiam o artigo III, n.4, do GATT (RUOTOLO, 2018, p. 14).

Quanto ao artigo XX, que elenca exceções gerais, o painel entendeu que é permitido aos Estados-membros derrogar qualquer obrigação do GATT para proteger interesses superiores no caso de essas não constituírem “um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países em que prevaleçam as mesmas condições, ou uma restrição dissimulada ao comércio internacional”, sendo compatível com os princípios da necessidade (indispensabilidade da medida adotada) e da proporcionalidade (adequação para atingir o

⁷⁶ O trecho pertence ao painel ÍNDIA - MEDIDAS QUE AFETAM O SETOR AUTOMOTIVO (DS146), que também faz menção ao painel ESTADOS UNIDOS - TRATAMENTO FISCAL PARA "EMPRESAS DE VENDAS NO EXTERIOR (DS108): “7.174 O Painel observa que o único fator de distinção, sob a condição de "indigenização", entre produtos que contribuem para o cumprimento da condição e produtos que não contribuem, é a origem do produto como importado ou nacional. A Índia não contestou a semelhança das peças e componentes automotivos relevantes de origem nacional ou estrangeira para os fins do Artigo III:4 do GATT 1994. Sendo a origem o único critério que distingue os produtos, é correto tratar tais produtos como produtos similares no sentido do Artigo III:4. 7.175 O painel no caso Canada - Autos (DS 139) chegou à mesma conclusão em condições semelhantes. Mais recentemente, o painel de conformidade no caso US - FSC (Artigo 21.5) observou que: "a distinção feita entre produtos importados e nacionais na limitação de artigos/trabalho estrangeiro da Lei com relação à limitação do valor justo de mercado atribuível a 'artigos' é única e explicitamente baseada na origem. Não acreditamos que o simples fato de um bem ser originário dos EUA o torne "diferente" de um bem importado. "386 7.176 O Painel conclui, portanto, que as peças e componentes automotivos de origem nacional e estrangeira são produtos similares no sentido do Artigo III:4 do GATT 1994”.

objetivo almejado) (OMC, 2009, p. 271). Para análise do que seria derogável, o painel sucumbiu à outra jurisprudência que elencava duas fases para determinar se a medida era abrangida por uma das disposições do artigo e avaliar se cumpria os requisitos previstos na respectiva cláusula⁷⁷ (RUOTOLO, 2018, p. 12).

No caso em apreço, o OA considerou que para revelar que uma medida é passível de ser derogada quando se está significativamente próxima ao ‘indispensável’. O argumento utilizado pela China para derogar a medida era fundado na moral pública, entretanto, segundo a jurisprudência, não existia qualquer ligação entre as medidas de proteção e a moral pública, pois essa seria uma medida ‘que contribui para’ torná-la derogável. Assim, a partir dos parâmetros de medida ‘indispensável’ ou ‘que contribui para’, decidiu-se que a moral pública não era suficiente para comprovar a indispensabilidade da medida e, portanto, não se enquadrava nas exceções do artigo XX.

Sobre esse ponto, no caso *Audiovisuals*, o OA lembrou que já havia decidido que "uma medida necessária está localizada significativamente mais próxima do polo "indispensável" do que do polo oposto de simplesmente "contribuir para": as medidas contestadas deveriam, portanto, ser consideradas como violadoras das obrigações da OMC, pois não havia vínculo entre elas "e as medidas de proteção da moral pública, o mais distante possível do polo da indispensabilidade, para serem qualificadas como necessárias no sentido do Artigo XX". (RUOTOLO, 2018, p. 15)

O objetivo desse ponto reside em demonstrar a busca pelo parâmetro que examina o que seria uma medida derogável. Hipoteticamente, se as medidas em apreço estivessem relacionadas ao abrandamento ou bloqueio total dos fluxos transfronteiriços de dados, seria possível considerar uma violação do artigo XI, par. 1, do GATT, que diz respeito a eliminação geral das restrições quantitativas. A internet é o principal instrumento de entrega de dados e o bloqueio total ou parcial dela poderia ser considerada uma medida de restrição aos fluxos transfronteiriços de dados e, conseqüentemente, representar uma restrição quantitativa comparável a uma quota. Assim, medidas estatais que 1) impõem controle sobre fluxos de dados como condição prévia para sua entrada em um mercado nacional ou 2) condicionam a entrada à autorização de uma autoridade administrativa, devem ser interpretadas “como equivalentes a

⁷⁷ Ruotolo (2018, p. 14) complementa que: “também sobre esse aspecto, as conclusões do painel, posteriormente confirmadas pelo Órgão de Apelação (OA), aplicaram uma jurisprudência consolidada segundo a qual a análise relativa à conformidade com o Artigo XX do GATT deve ser conduzida por um procedimento de duas fases com o objetivo de 1) determinar se a medida de derrogação contestada se enquadra em uma das disposições do artigo e 2) se está em conformidade com os requisitos contidos no preâmbulo do mesmo”.

um procedimento de concessão de uma licença de importação, explicitamente contemplado pelo artigo XI, do GATT” (RUOTOLO, 2018, p. 15).

Por fim, chega-se à conclusão de que os artigos III, n. 4 e XX, do GATT aplicados aos produtos digitais no painel sobre audiovisuais entre China e EUA, indicam que nem sempre há necessidade de normas *ad hoc* para situações ocorridas de forma *online*, podendo ser reguladas por meio de disposições gerais visto que produtos digitais já contam amplamente com mecanismos e modelos bem consolidados na prática da OMC (RUOTOLO, 2018, p. 15-16). Isso significa que apesar da falta de disposições específicas sobre o fluxo de dados no âmbito do GATT e do Órgão de Solução de Controvérsias, os seus quadros normativos e jurisprudenciais permitem efetivamente o enquadramento dos fluxos transfronteiriços de dados como mercadoria no comércio internacional, o que implica o reconhecimento de todas regras e encargos previstos no Acordo. Entretanto, como será delineado, a questão da classificação de dados ou produtos digitais se torna mais complexa por conta da natureza dessas mercadorias.

4.3 PRODUTOS DIGITAIS NA OMC: BEM OU SERVIÇO?

A classificação de mercadorias no contexto do GATT pode apresentar desafios significativos devido à complexidade e variedade dos produtos comercializados internacionalmente. Esses desafios são atribuíveis a fatores como (I) evolução tecnológica que resulta na constante criação de novos produtos e na modificação das características dos produtos existentes, dificultando a manutenção de uma classificação precisa e atualizada, bem como (II) o fato de as descrições de produtos poderem ser subjetivas ou ambíguas, o que torna difícil determinar a classificação correta.

De tal modo, existe um debate relativo à classificação de produtos digitais: se esses devem estar sujeitos às disposições do GATT sob a classificação de um bem, do GATS como um serviço, ou de ambos simultaneamente. Nesse contexto, a tangibilidade se sobressai como fator determinante na caracterização de um bem e sua interpretação pode determinar quais regras devem ser aplicadas no comércio internacional.

4.3.1 GATT ou GATS: dificuldades na classificação

A crescente relevância do comércio eletrônico também se tornou uma das principais pautas na agenda da OMC. Há opiniões divergentes quanto a natureza de produtos digitais e se sua regulamentação deveria ocorrer pelo GATT ou pelo GATS: “a título de ilustração, os EUA preferem aplicar o GATT, mais liberalizante, para cumprir a sua agenda comercial digital, enquanto a União Europeia opta pelo GATS menos liberal, a fim de deixar espaço para a política audiovisual de intervenção” (NUGRAHA, 2020, p. 693). De um lado, alega-se que o GATT não poderia regular entregas eletrônicas, pois não tinha sido concebido para tal função; e que, portanto, não poderia fazê-lo. De outra forma, não há nenhum dispositivo no acordo que impeça a aplicação do GATT a produtos digitais.

Tais discussões decorrem do fato de que não existe definição clara sobre termos como ‘bens’ e ‘serviços’ nos acordos da OMC, “tradicionalmente, os dois conceitos são frequentemente distinguidos com base nos critérios de tangível versus intangível, armazenável *versus* não armazenável e transportável *versus* não transportável”. Para Nugraha (2020, p. 693), a conclusão de que produtos digitais não podem ser considerados bens pelo o fato de não apresentarem forma física parece prematura. A questão da tangibilidade se torna complexa também pelo fato de que fluxos de dados e produtos digitais podem apresentar componentes de bem e de serviço ao mesmo tempo.

Da decisão emitida pelo Painel do DS 363, o governo chinês interpôs recurso contestando a versão defendida e alegando estar de acordo com as regras da OMC. Entretanto, para o Órgão de Apelação novamente se reconheceu que determinadas medidas e produtos reclamados não se enquadravam em seus termos de referência, de modo que quase todas medidas chinesas examinadas (15 de 17) violavam compromissos firmados pelo país diante da OMC. Mais especificadamente, o órgão confirmou que a China havia violado seu Protocolo de Adesão e que tal medida não estava amparada pela exceção do artigo XX, do GATT.

Diante dos elementos analisados, não é claro que materiais como jornal (feito de papel, porém também composto por um pacote de serviços lidos e comercializados *online* que representa sua maior forma de agregar valor)⁷⁸ se enquadre perfeitamente como um bem ou um

⁷⁸ Por exemplo: com a digitalização dos jornais, é viável potencializar a experiência dos usuários ao incorporar elementos multimídia que facilitam interação e engajamento com a plataforma digital. Neste meio, o fornecimento de atualizações pode ser feito em tempo real e também é possível que os jornais explorem modelos de assinatura bem como novos formatos e tecnologias para manter relevância no ambiente digital. A partir da coleta de dados é possível personalizar conteúdos, melhorar a experiência do usuário, analisar a audiência, direcionar publicidade, desenvolver produtos e monitorar o desempenho do jornal.

serviço. A implicação dessa reflexão repercute em qual quadro legislativo se deve analisar a comercialização desse produto no mercado internacional, isto é, se é um bem a ser regulado pelas normas do GATT ou se é um serviço a ser regulado pelo GATS.

Destaca-se que não há definição do que é ‘bem’ ou ‘produto’ no âmbito do GATT, da mesma forma que não há definição do que é ‘serviço’ para o GATS, entretanto, ressalva-se a esse último a existência de uma lista indicativa de atividades e setores de serviços criada pela Secretaria do GATT que a maioria dos membros utiliza como modelo para assumir os compromissos do GATS.

Para discutir o conceito de bem ou serviço, utiliza-se de outras decisões emitidas pelo OSC. No caso Canadá - certas medidas relativas a periódicos (DS31)⁷⁹, OA concluiu que "um periódico é um bem composto de dois componentes: conteúdo editorial e conteúdo publicitário. Ambos os componentes podem ser vistos como tendo atributos de serviços, mas eles se combinam para formar um produto físico - o periódico em si (1997, p. 17)". Já no caso Estados Unidos - Determinação final de direitos compensatórios com relação a certas madeiras de coníferas do Canadá (DS257)⁸⁰, o órgão de apelação conclui que árvores presas à terra, mas separáveis dela, ou ‘madeira em pé’, são uma mercadoria mesmo que não sejam comercializáveis como tal. O Canadá utilizou o argumento de que o termo ‘mercadorias’ deve ser interpretado restritivamente como itens comercializáveis com uma classificação tarifária real ou potencial, entretanto o OSC o rejeitou e acrescentou que ‘mercadorias’ nos termos do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC)⁸¹ e ‘produtos’ nos termos do GATT, “são palavras diferentes que não precisam necessariamente ter os mesmos significados nos diferentes contextos em que são usadas” (CONCONI; PAUWELYN, 2011, p. 99).

A definição de mercadoria para o OA no DS31 se concentra na natureza tangível ou material do produto, apesar disso, Conconi e Pauwelyn (2011, p. 101) refletem sobre tal entendimento:

⁷⁹ O caso trata sobre periódicos importados (dos Estados Unidos) e periódicos nacionais, em que: “ (i) o Código Tarifário 9958, que proibia a importação para o Canadá de qualquer periódico que fosse uma "edição especial "2; (ii) a Lei do Imposto de Consumo, que impunha, em relação a cada edição dividida de um periódico, um imposto igual a 80% do valor de todos os anúncios contidos na edição dividida; e (iii) o esquema de taxas postais, segundo o qual taxas postais diferentes eram aplicadas a periódicos nacionais e estrangeiros”.

⁸⁰ Trata-se de disputa entre Canadá e EUA sobre certas importações de madeira serrada de fibra longa. Ao final houve determinação final de direitos compensatórios dos EUA.

⁸¹ O Acordo faz parte do sistema de comércio multilateral da Organização Mundial do Comércio (OMC). Nele, aborda-se definição de subsídios prejudiciais ao comércio internacional e medidas para combatê-los.

Em primeiro lugar, o Órgão de Apelação considerará automaticamente um bem sempre que vir um material tangível? Por exemplo, um bilhete de loteria de papel é automaticamente uma mercadoria - de modo que as restrições transfronteiriças às atividades de loteria afetam o comércio de mercadorias? - ou apenas um elemento no fornecimento de serviços (de loteria), tornando toda a atividade sujeita apenas ao GATS? E quanto a moedas ou papel-moeda no contexto, por exemplo, de alegações de subvalorização ou subsídio da moeda? O Órgão de Apelação consideraria o papel-moeda como uma "mercadoria" fornecida pelo governo ("contribuição financeira") ou como sendo de livre circulação de capital e, portanto, não sujeita às regras do GATT/SCM nem do GATS sobre livre circulação de mercadorias ou serviços? E quanto às licenças ou permissões de emissão de carbono em papel que, de acordo com a legislação da UE, as empresas podem comercializar e devem apresentar quando emitem CO₂? São bens ou serviços, ou nenhum deles?

As discussões apresentadas corroboram na análise do que pode ser considerado bem ou serviço, bem como se a natureza física ou material é um critério decisivo. No caso DS 363, o OA afirma que "quando o conteúdo de um filme é transportado por materiais de entrega física, [a restrição chinesa] inevitavelmente regulará quem pode importar mercadorias pela simples razão de que o conteúdo de um filme é expresso e incorporado a uma mercadoria física" (OMC, 2009, p. 84).

Mais detalhadamente, o OA não concluiu que filme é uma mercadoria, mas que "tem um "componente" de mercadoria ou "inclui" uma mercadoria, na medida em que o filme é transportado em um rolo de filme ou outro material físico e que, como resultado, uma regulamentação que afeta esse filme "inevitavelmente" afeta uma mercadoria" (CONCONI; PAUWELYN, 2011, p. 100). Assim, o OA confirma que determinado produto pode ter componentes de bem ou serviço simultaneamente e que determinada medida pode estar sujeita tanto ao GATT quanto ao GATS: "os dois universos não são mutuamente exclusivos" (CONCONI; PAUWELYN, 2011, p. 100), logo uma medida pode estar sujeita a ambos acordos⁸².

Isso significa que os órgãos reguladores, ao promulgarem uma regra, devem estar cientes de que a nova regra pode ter que estar em conformidade com o GATT e o GATS. Essa abordagem acumula as obrigações da OMC e pode não facilitar a identificação de qual disciplina do GATT ou do GATS se aplica. A medida mais segura pode ser, então, cumprir a disciplina mais rigorosa, seja ela do GATT ou do GATS. Para os reclamantes, incluindo os países que desejam contestar o regime de censura da China, essa abordagem é uma notícia

⁸² Tal conclusão parte do caso Comunidades Europeias - Regime para a Importação, Venda e Distribuição de Bananas (DS27), em que se afirmou: "Discordamos da afirmação das Comunidades Europeias de que o parágrafo G do Entendimento envolvendo o Equador contenha uma manifestação da intenção das partes de renunciar ao direito de iniciar procedimentos do Artigo 21.5, pois afirma que "[a]s Comunidades Europeias e o Equador consideram que este Entendimento constitui uma solução mutuamente acordada para a disputa sobre bananas". O texto dessa cláusula é neutro em relação à questão de se a solução implicava ou não na renúncia ao direito de recorrer aos procedimentos de conformidade. Portanto, isso não afeta o resultado da análise acima e não altera a conclusão de que os Entendimentos sobre Bananas não continham uma renúncia ao direito de iniciar procedimentos de conformidade".

positiva: eles não precisam se limitar às reivindicações do GATT ou do GATS; eles podem apresentar e prevalecer em ambos. Para países reguladores, como a China, a aplicação cumulativa do GATT e do GATS é, obviamente, menos atraente (CONCONI; PAUWELYN, 2011, p. 100).

Diante do painel, outros questionamentos a respeito da tangibilidade e materialidade emergem: caso um produto seja intangível esse automaticamente será considerado exclusivamente um serviço? Isto é, se ao invés de os produtores dos EUA enviarem fisicamente rolos de filmes ou cópias originais, esses, na verdade, fossem enviados eletronicamente via internet, significaria que não se poderia mais falar em comércio de mercadorias e direitos comerciais e apenas examinar a transação como um serviço de entretenimento de acordo com o GATS? Caso fosse, o Protocolo de Adesão que trata apenas sobre mercadorias, não estaria violando as regras do GATT e a reclamação dos EUA somente seria válida quando se tratasse de uma violação ao GATS. O mero método de entrega (tangível ou pela internet) é suficiente para provocar uma mudança drástica no regime jurídico? “A lei deve seguir a realidade econômica (em termos comerciais, pouco muda quando se envia o filme em uma bobina ou pela Internet, supondo que a qualidade seja a mesma) ou a lei deve se ater à física (tangível é GATT, intangível é GATS)?” (CONCONI; PAUWELYN, 2011, p. 101), para as autoras:

Tornar a tangibilidade uma condição necessária para que algo seja um bem também pode significar que, por exemplo, no contexto do comércio de energia, a eletricidade não pode ser classificada como um bem. Da mesma forma, uma licença de emissão de carbono é um bem desde que seja comercializada em papel ou suficientemente vinculada a um "material de entrada tangível, mas fungível" (por exemplo, carbono emitido durante a produção), mas se torna um serviço, ou deixa de ser um bem, quando comercializada e registrada eletronicamente? A mesma conclusão poderia ser tirada em relação aos direitos de propriedade intelectual - que são intangíveis e, sem dúvida, com base nisso, não são um bem - e isso apesar de agora serem comumente protegidos como "ativos" ou "investimentos" nos termos de tratados bilaterais de investimento e o valor da PI (por exemplo, direitos autorais) de um filme ser, de longe, o componente mais valioso do filme. Por outro lado, se os direitos de PI como tais fossem vistos como "bens", surgiriam questões importantes de sobreposição entre o GATT e o TRIPS (2011, p. 101-102).

Dessa forma, há de ser feita a distinção: O OA interpreta que serviços compreendem tanto a distribuição física quanto digital enquanto que bens necessariamente devem se referir a produtos materiais ou tangíveis, portanto, “o método de entrega (tangível ou pela Internet) é importante para as mercadorias, mas não para os serviços” (CONCONI; PAUWELYN, 2011, p. 102). A nível regulatório, isso significa que o GATS é tecnologicamente neutro e o GATT é tecnologicamente tendencioso.

Ressalta-se que apesar das denominações, as distinções legais elaboradas no âmbito da OMC entre bens e serviços encontram pouco, ou nenhum, apoio na literatura econômica. De

tal maneira: “Em geral, não há razão para que os efeitos básicos do comércio e os cálculos de bem-estar sejam aplicados de forma diferente, por exemplo, a produtos tangíveis e intangíveis ou à distribuição por correio ou pela Internet” (CONCONI; PAUWELYN, 2011, p. 102-103).

Para a aplicação das regras da OMC sobre o comércio de "mercadorias", o Órgão de Apelação concentrou-se em verificar se as restrições chinesas têm efeito ou impacto sobre um produto material ou físico, mesmo que esse produto tangível seja apenas um elemento menor no valor econômico da transação (por exemplo, um rolo de filme físico quando se trata de filmes). Isso implica um viés tecnológico que exige um produto físico antes que as regras da OMC sobre o comércio de mercadorias possam ser aplicadas (não, por exemplo, quando um filme é transferido pela Internet). No que diz respeito aos serviços, por outro lado, o Órgão de Apelação abordou o GATS de forma tecnologicamente neutra, abrangendo em "serviços de distribuição" tanto a transferência física de CDs quanto a distribuição de música pela Internet. Resta saber se a tangibilidade ou a natureza material é uma condição suficiente para que algo seja um "bem" e se, ao contrário, é uma condição necessária (os ativos intangíveis, como PI, eletricidade ou filmes pela Internet, nunca podem ser "bens"?) (CONCONI; PAUWELYN, 2011, p. 117).

Como resultado, a partir da jurisprudência do OSC, considera-se que o GATT está apto a regulamentar produtos digitais, porém apenas quando estes estiverem atrelados a um bem tangível ou material. Tal reconhecimento decorre da equiparação de rolos de filmes aos seus homólogos digitais (*downloads*) no DS 363. Assim, mercadorias físicas que podem ser encontradas em formato digital também estão sob o escopo do GATT, bem como, legislações nacionais que restringem a comercialização destes produtos em seus mercados internos também podem ser consideradas barreiras comerciais por violar os princípios estabelecidos no GATT. Quanto a bens exclusivamente digitais, isto é, sem homólogos físicos, Voon (2009, p. 716), explica:

[...] dada a caracterização do painel de filmes para lançamento em cinemas como “mercadorias” para fins do protocolo de adesão, pode-se concluir razoavelmente que ele teria chegado a uma decisão semelhante em relação ao tratamento dessas mercadorias no GATT. Devido à forma como os Estados Unidos enquadraram suas reivindicações, o caso deixa sem solução a questão de se os produtos audiovisuais em formato puramente eletrônico estão sujeitos ao GATT.

Por fim, verifica-se que um produto digital pode estar sujeito simultaneamente às disposições do GATT e do GATS. Em relação à tangibilidade, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) conclui que os produtos digitais podem ser abrangidos pelo GATT quando possuem materialidade, podendo também estar sujeitos à regulamentação do GATS ao mesmo tempo. No caso de produtos digitais sem equivalentes físicos, os resultados são inconclusivos quanto à determinação de se o OSC os consideraria com base em sua própria jurisprudência.

De tal modo, é necessário aprofundar a investigação do papel da tangibilidade na classificação de um bem para o GATT.

4.3.2 Tangibilidade Como Pré-Requisito?

Enquanto no passado produtos digitais eram apenas distribuídos por meio de transportadoras de forma física, com o avanço da internet, produtos exclusivamente digitais são cada vez mais difundidos sem a necessidade de qualquer meio tangível. No painel do DS 363, a China se utilizou do termo ‘conteúdo’ para se referir a produtos digitais, indicando que estes não se tratavam de mercadoria e, em resposta, o OA observou que não se verificou clara distinção entre os termos ‘conteúdo’ e ‘bens’, bem como que “o conteúdo pode ser incorporado em um suporte físico, e o conteúdo e o suporte juntos podem formar um bem”. (OMC, 2009, p. 87). Já no DS 31, o OA admitiu que componentes editorial e publicitário possuem atributos de serviço, mas quando combinados formavam um produto físico. Dessas análises, Nugraha (2020, p. 697) conclui que para a aplicação do GATT em relação a produtos digitais, o OA utiliza uma abordagem ‘monofisita’⁸³, isto é, o conteúdo e o suporte físico deste conteúdo podem formar uma mercadoria uníssona.

Enquanto o entendimento do OA do caso DS 363 se centra na natureza tangível ou material do produto, isto é, produto digital por meio de uma operadora física, para produtos digitais transmitidos eletronicamente, a resposta não é tão clara. Nugraha (2020, p. 698) atenta que no caso EUA – Grandes Aeronaves Civis (2ª reclamação, DS 353⁸⁴) e no DS 257, a conclusão do OA não chega a fundamentar que tangibilidade é um requisito, bem como que no DS 363, o foco do OA na natureza física do produto “não implica que os produtos digitais transmitidos eletronicamente sejam automaticamente excluídos do escopo do GATT”, pelo contrário, indica que o termo ‘produto’ abrange, além de serviços, tanto bens tangíveis quanto intangíveis. Para Nugraha (2020, p. 698), o fato de o OA mencionar explicitamente bens intangíveis determina uma vontade de se reconhecer que bens também podem estar em formas incorpóreas. Frisa-se, entretanto, que o próprio autor pondera nesta análise e observa que tal argumento não é suficiente para comprovar se tangibilidade é ou não pré-requisito para o OSC.

⁸³ O termo se refere a doutrina que se centra na natureza de Jesus Cristo como a união do divino e do humano.

⁸⁴ O caso trata de subsídios concedidos pelos governos federal, estadual e municipal dos Estados Unidos à Boeing, uma empresa de aeronaves civis de grande porte. Esses subsídios incluem uma variedade de benefícios, como pagamentos, acesso a instalações e equipamentos do governo, alocação de direitos de propriedade intelectual, reembolso de custos de pesquisa e desenvolvimento e várias medidas fiscais e de infraestrutura.

O esforço do OA para reconhecer bens intangíveis é reforçado também pela classificação da energia elétrica como um bem pelo Sistema Harmonizado (SH) - instrumento desenvolvido pela Organização Mundial das Alfândegas (OMA) e seguido pela maioria dos membros da OMC para padronizar a classificação de mercadorias no comércio internacional (NUGRAHA, 2020, p. 699). Apesar da classificação de energia elétrica como bem ser opcional (isto é, não sendo uma regra, mas uma exceção), no painel Canadá – Energia Renovável e Canadá - Programa De Tarifa *Feed-In*1 (DS 412, 426),⁸⁵ confirmou-se que eletricidade pode ser interpretada como bem pelo OSC. O painel reconheceu que “uma característica física crítica da eletricidade é que ela é intangível e, com certas exceções limitadas, não pode ser efetivamente armazenada”, portanto, a compra de eletricidade implica no processo de transferência de “um direito à eletricidade, em vez da tomada de posse física da eletricidade” (OMC, 2012, p. 32-33).

Além disso, a interpretação de termos do DS 412, 426 converge entre o GATT e o ASMC. No Relatório do OA do painel Austrália – Maças (DS 367⁸⁶), enfatiza-se que se deve “ter cautela ao fazer referência a palavras e frases semelhantes em outras disposições dos acordos abrangidos com o objetivo de determinar o significado de uma palavra ou frase específica”. No caso do DS 367, o termo “mercadorias” do artigo 1.1(a)(1)(III) do ASMC é interpretado a partir de um contexto em que seria possível aplicar à interpretação dos artigos do GATT. Isto é, que o termo ‘bens’ previsto no GATT possa incluir aqueles que são intangíveis, transitórios e que não podem ser armazenados adequadamente (NUGRAHA, 2020, p. 700).

Embora não se possa afirmar categoricamente que a tangibilidade seja um elemento dispensável na determinação da natureza de um bem exclusivamente com base nas decisões do OSC, é evidente que existe uma margem para interpretação de certos termos no GATT, o que

⁸⁵ Os painéis tratam sobre o Programa Feed-in Tariff (FIT) da Província de Ontário e todos os contratos individuais FIT e microFIT que implementam o Programa FIT. Os produtos em questão são equipamentos de geração de eletricidade no setor de energia renovável e a eletricidade gerada por esses equipamentos. Dentre outros entendimentos, o Órgão de Apelação considerou que o Painel estava equivocado ao utilizar o mercado de eletricidade gerada a partir de todas as fontes de energia como o mercado relevante para comparação na determinação da vantagem. Foi considerado que produtores de eletricidade gerada por energia eólica e solar fotovoltaica não competiam com outros produtores de eletricidade, devido às diferenças nas estruturas de custo e nos custos operacionais. Entretanto, não foi possível determinar se as medidas em questão eram subsídios proibidos nos termos dos Artigos 3.1(b) e 3.2(b) do ASCM. 3.1(b) e 3.2 do ASCM.

⁸⁶ A medida em questão refere-se às restrições impostas pela Austrália à importação de maçãs da Nova Zelândia devido a preocupações com o risco de entrada, estabelecimento e disseminação de várias doenças e pragas, incluindo a bactéria do fogo, o fungo *European canker* e o *apple leafcurling midge*. O produto afetado por essas restrições são as maçãs originárias da Nova Zelândia.

ressalta a necessidade de considerar fontes alternativas para facilitar a compreensão dos termos contidos no acordo. Nesse sentido, torna-se pertinente analisar as regras do direito internacional consuetudinário como um método complementar para fundamentar as decisões proferidas pelo OSC.

4.4 MEIOS COMPLEMENTARES DE FUNDAMENTAÇÃO DO OSC: CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS (CVDT)

Do momento entre a ratificação de um tratado e a aplicação de suas normas, diversas mudanças passíveis de alterar a interpretação e a aplicação das disposições do tratado podem ocorrer. O direito internacional consuetudinário, formado por práticas e costumes reconhecidos pela comunidade internacional, pode ser utilizado para compreender termos ou preencher lacunas que eventualmente existam nos tratados, como o GATT, por meio de uma abordagem interpretativa.

Dessa forma, além das disposições específicas do GATT, outras fontes do direito internacional podem ser consideradas para embasar as decisões do OSC, como a CVDT. Portanto, é necessário considerar não apenas o texto literal do GATT, mas também o contexto e as evoluções que ocorreram desde a sua redação, garantindo que as decisões tomadas pelo OSC reflitam adequadamente as condições contemporâneas. Isso destaca a necessidade de uma abordagem flexível e adaptativa na interpretação do GATT para garantir sua relevância contínua e eficácia no cenário internacional em constante mudança. Assim, passa-se a análise do processo de coerência das decisões proferidas pelo OSC e como a interpretação evolutiva dos tratados pode auxiliar na aplicação das normas do GATT.

4.4.1 Coerência das decisões

A utilização de princípios na resolução das disputas da OMC é necessária e desejável, porém tanto os painéis quanto o OA do OSC frequentemente deixam a desejar na identificação das bases jurídicas e nos princípios que permeiam suas decisões. Apesar de o OA tradicionalmente adotar abordagem conservadora na interpretação e aplicação dos acordos da OMC a fim de manter a legitimidade da organização, há disposições ambíguas, contraditórias e omissas no âmbito das normativas que abrem margem para diferentes interpretações. Portanto, compreender os princípios que fundamentam ou influenciam a OMC e seus órgãos se torna

essencial para garantir a coerência do sistema e de suas decisões (MITCHELL, 2007, p. 795-796).

De acordo com o artigo 3.2 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC):

O sistema de solução de controvérsia da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público. As recomendações e decisões do OSC não poderão promover o aumento ou a diminuição dos direitos e obrigações definidos nos acordos abrangidos (SISCOMEX, 2021).

Dentre as diretrizes expostas no artigo, destaca-se a orientação para que os acordos sejam aplicados conforme “as regras costumeiras de interpretação do direito internacional público”. O próprio OA confirmou no DS2 (1996, p. 17) que o artigo 3.2 do ESC “reflete uma medida de reconhecimento de que o [GATT] não deve ser lido de forma clinicamente isolada do direito internacional público”. As regras de direito internacional consuetudinário auxiliam a completar lacunas existentes nos tratados por meio de um padrão de interpretação, portanto é possível reconhecer outras fontes para fundamentar as decisões proferidas pelo OSC, como é o caso da CVDT (MITCHELL, 2007, p. 807).

Embora nem todos membros da OMC sejam partes da CVDT, as regras de direito internacional consuetudinário acabam sendo vinculantes para todos em razão de o OSC reconhecer explicitamente o papel do acordo para a interpretação do direito internacional público. Considerando que o próprio artigo 3.2 do ESC reconhece a necessidade de “esclarecer as disposições existentes”, parte-se de que os redatores já reconheceram na época do acordo a necessidade de esclarecer disposições incertas ou difíceis de serem interpretadas por meio de outras fontes (MITCHELL, 2007, p. 807-808).

O comércio digital ainda não era relevante na prática na época da criação do GATT. De tal maneira, questiona-se se os termos do GATT devem ser interpretados conforme o significado atribuído a ele no momento de sua formação ou no momento em que estão sendo interpretados (WEBER, 2010). No relatório do painel Comunidades Europeias e seus Estados-Membros - Tratamento tarifário de determinados produtos de tecnologia da informação (DS 375)⁸⁷, indicou-se que “não há necessidade de considerar o status específico da tecnologia no

⁸⁷ A medida em questão consiste em várias ações da Comissão Europeia relacionadas à classificação tarifária e ao tratamento tarifário de certos produtos de tecnologia da informação (TI). Os produtos afetados incluem

momento da negociação da concessão para avaliar o escopo da concessão em questão” (OMC, 2010, p. 188). Enquanto que no DS 363, considerou-se que “evidências sobre a viabilidade técnica ou a realidade comercial de um serviço no momento do compromisso de serviço podem constituir circunstâncias relevantes para a interpretação de seu escopo nos termos do artigo 32 da Convenção de Viena” (OMC, 2009, p. 373). Neste último, o painel deixou claro que tanto viabilidade técnica quanto realidade comercial são meios complementares para apoiar uma análise baseado no artigo 31 da CVDT (NUGRAHA, 2020, p. 702).

Para Nugraha (2020, p. 703), o OSC perdeu a oportunidade no DS 363, talvez propositalmente, de esclarecer a natureza dos produtos digitais para a OMC. No caso, os EUA invocaram o ‘aspecto de distribuição’ para contestar as medidas chinesas que estariam criando tratamento menos favorável para a distribuição online de gravações sonoras importadas. O painel concluiu que o termo distribuição se refere a “um processo ou uma série de transações, cujo fim último é a comercialização ou fornecimento de um bem dos produtores aos consumidores, diretamente ou através de intermediários” (OMC, 2009, p. 446). De tal maneira, o painel não confirmou se gravação de som digital poderia ser incluída no âmbito do artigo III:4, do GATT. Ao final, a questão não foi levantada no Recurso de Apelação, portanto o status dos produtos digitais sob a jurisprudência da OMC permanece um mistério.

Embora o painel tenha admitido que a distribuição eletrônica foi impedida pelo processo de revisão, observou que a importação da gravação sonora impressa ainda está desobstruída até que seja recebida pelos órgãos de revisão, que em sua opinião são “o consumidor” para efeitos de distribuição eletrônica. O painel perdeu, portanto, uma oportunidade de esclarecer uma questão importante no comércio eletrônico. No final, rejeitou a alegação com base num detalhe técnico devido à natureza limitada das reivindicações dos Estados Unidos. (...) o painel concluiu que os tipos de produtos regulamentados pelas medidas contestadas ainda não são claros ou ambíguos e, conseqüentemente, decidiu adiar a análise após avaliar os outros elementos do Artigo III:4 do GATT.⁸⁰ No final, o painel nunca mais voltou a esta questão, uma vez que os Estados Unidos só apresentaram uma reclamação relativa à distribuição de cópias impressas depois de terem sido recebidas pelos órgãos reguladores (NUGRAHA, 2020, p. 704).

Para Peng (2012, p. 418), a decisão do DS 363 apresenta falhas, “certamente, com relação aos meios suplementares de interpretação nos termos do Artigo 32 da Convenção de Viena, as circunstâncias da conclusão, o processo de apuração dos fatos e as inúmeras provas e exposições são bastante confusos, se não enganosos”. O autor indica que por um lado o painel deixou de tirar conclusões a partir de evidências de viabilidade tecnológica ou realidade

Dispositivos de Tela Plana (FPD) com conectores DVI digitais, Set-Top Boxes com Função de Comunicação (STBC) e Máquinas Digitais Multifuncionais (MFM) capazes de imprimir, digitalizar, copiar e/ou enviar fax.

comercial de um produto e, por outro, que a forma de convencimento dos painéis a partir de evidências das tecnologias existentes no momento da negociação do tratado deixaria a questão aberta e que o mesmo argumento pudesse ser levantado em disputas futuras (NUGRAHA, 2020, p. 702).

Assim, com relação à questão de os produtos digitais poderem ser considerados mercadorias, seria necessário começar pela interpretação de “mercadorias” à luz do Artigo 31 da CVDT. A história tecnológica dos produtos digitais é suplementar e não pode ser usada isoladamente para tirar conclusões interpretativas com relação à questão da tangibilidade (NUGRAHA, 2020, p. 702).

As dificuldades relacionadas à coerência das decisões OSC podem surgir de diversas formas. Uma delas é a interpretação divergente das regras por diferentes painéis do OSC ou membros do Órgão de Apelação, o que pode resultar em decisões inconsistentes mesmo em casos semelhantes. A constante evolução do direito internacional do comércio, com a introdução de novos acordos comerciais, mudanças nas práticas comerciais e avanços tecnológicos, pode influenciar a interpretação das regras da OMC ao longo do tempo, adicionando complexidade à busca por coerência nas decisões do OSC.

De forma auxiliar, a CVDT transcende aspectos legais e influencia na maneira como o GATT é compreendido, aplicado e respeitado pelos países membros da comunidade internacional. Por meio da CVDT, é possível lidar com situações em que os acordos internacionais não abordam certos aspectos ou deixam questões em aberto, fornecendo orientações sobre como preencher lacunas de forma consistente com os princípios gerais do direito internacional. Na sequência, pontua-se algumas formas de interpretação evolutiva aplicáveis à OMC que podem repercutir na regulamentação dos fluxos de dados.

4.4.2 Interpretação Evolutiva da OMC

Diversas alterações como contexto político, social, histórico ou jurídico, bem como mudanças tecnológicas, linguísticas ou legais podem surgir entre a redação e a interpretação de um tratado. Dentre as mudanças de interpretação que podem ocorrer no âmbito dos tratados, Marceau (2018, p. 803) avalia quatro modelos de interpretação evolutiva aplicáveis à OMC a partir: (I) do uso de termos genéricos em conexão com a intenção das partes; (II) do significado comum dos termos em seu “contexto”; (III) da preservação da eficácia do objeto e da finalidade do tratado; e, (IV) da evolução do direito internacional conexo e relevante. Para a presente pesquisa, no que tange ao termo ‘bens’, investiga-se a interpretação evolutiva a partir das

perspectivas apresentadas nos itens I e III, isto é, pelo uso de termos genéricos e pela preservação da eficácia e finalidade do tratado.

No caso EUA – Camarão (DS 58⁸⁸), o OA reconheceu pela primeira vez a interpretação evolutiva dispondo que: “da perspectiva incorporada no preâmbulo do Acordo da OMC, notamos que o termo genérico “recursos naturais” no Artigo XX (g) não é estático no seu conteúdo ou referência, mas é antes “por definição, evolutivo” (1998, p. 48). No DS 363, além de reconhecer a interpretação evolutiva pelo uso de termos genéricos baseada no domínio da tecnologia (evolução técnica), o OA chega a rejeitar explicitamente a doutrina da intertemporalidade, que defende a interpretação nos termos conforme com o significado atribuído no momento da ratificação do tratado.

De forma mais geral, consideramos que os termos utilizados na lista GATS da China (“gravação de som” e “distribuição”) são suficientemente genéricos para que a sua aplicação possa mudar ao longo do tempo.

[...]

Observamos ainda que a interpretação dos termos dos compromissos específicos do GATS com base na noção de que o significado normal a ser atribuído a esses termos só pode ser o significado que tinham no momento em que a Lista foi concluída significaria que compromissos muito semelhantes ou redigidos de forma idêntica poderiam receber diferentes significados, conteúdo e cobertura dependendo da data de sua adoção ou da data de adesão de um Membro ao tratado (2010, p. 161).

A escolha de termos genéricos pode confirmar a intenção original do acordo para cobrir situações novas ou diferentes no momento da conclusão do tratado. Estes termos podem ter sido escolhidos propositalmente para permitir eventual evolução semântica e, para a OMC, as disposições contidas no preâmbulo do acordo auxiliam na interpretação fundamentada na defesa dos valores do livre comércio (MARCEAU, 2018, p. 810).

No que diz respeito à interpretação evolutiva baseada na preservação da eficácia do objeto e da finalidade do tratado, essa se verifica quando ocorre uma mudança em uma direção que não poderia ter sido prevista pelas partes no momento em que o tratado fora assinado, como é o caso do progresso tecnológico. No painel EUA- Jogos de azar (DS 285⁸⁹), foi discutido se jogos na internet estavam ou não abarcados pelos compromissos transfronteiriços no âmbito do GATS e a interpretação evolutiva deste caso ocorreu devido ao avanço tecnológico em que se

⁸⁸ O painel trata sobre medidas relacionadas à proibição de importação pelos EUA de camarão e produtos de camarão de países não certificados, que não utilizaram uma rede específica na captura de camarão.

⁸⁹ Referente à várias leis dos EUA relacionadas aos serviços de jogos de azar e apostas, incluindo a "*Wire Act*", a "*Travel Act*" e a "*Illegal Gambling Business Act*" (IGBA) por ter impacto no fornecimento transfronteiriço de serviços de jogos de azar e apostas.

considerou que o “modo 1” se aplica a todos meios de entrega (inclusive internet que não estava prevista no momento do acordo):

O Painel conclui que o modo 1 do GATS abrange todos os meios possíveis de fornecimento de serviços do território de um membro da OMC para o território de outro membro da OMC. Portanto, um compromisso de acesso ao mercado para o modo 1 implica o direito de os fornecedores de outros Membros fornecerem um serviço por todos os meios de entrega, seja por correio, telefone, Internet etc., a menos que especificado de outra forma na Programação de um Membro. Observamos que isso está de acordo com o princípio da “neutralidade tecnológica”, que parece ser amplamente compartilhado entre os membros da OMC. Dessa forma, quando um compromisso de acesso total ao mercado tiver sido assumido para o modo 1, a proibição de um, vários ou todos os meios de entrega incluídos nesse modo 1 seria uma limitação ao acesso ao mercado para o modo (OMC, 2004, p. 216).

A interpretação evolutiva reconhece a necessidade de atualizar a interpretação das disposições dos tratados à medida que a tecnologia avança. Isso garante que o GATT permaneça relevante e eficaz em um mundo em constante evolução tecnológica, abordando questões emergentes como comércio eletrônico e fluxos de dados. Da mesma forma, na medida em que os termos utilizados no acordo deixam de contemplar parte significativa do comércio, faz-se necessário avaliar se há compatibilidade ou não de regular novos produtos de acordo com as diretrizes do acordo. Assim, a partir da CVDT, investiga-se a possibilidade de regulação dos fluxos transfronteiriços de dados no GATT por meio da evolução do termo ‘bem’.

4.5 ANÁLISE TELEOLÓGICA DE PRODUTOS DIGITAIS SOB AS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DA CVDT PARA APLICAÇÃO NO GATT

A teleologia é particularmente relevante ao interpretar os tratados comerciais à luz dos objetivos da CVDT. Isso envolve compreender que o GATT foi elaborado com a intenção de facilitar o comércio internacional, promover a cooperação econômica e estabelecer um ambiente de negócios previsível e justo entre os países membros. De tal forma, considera-se não apenas o texto literal das disposições, mas também os objetivos mais amplos do direito internacional dos tratados para interpretação e aplicação de acordos comerciais.

Para o GATT, significa interpretar as disposições dos tratados comerciais de maneira a promover a liberalização do comércio, a proteção dos direitos dos investidores e a promoção do desenvolvimento econômico sustentável. Assim, passa-se a análise dos artigos 31(1) e 33, da CVDT, averiguar se a tangibilidade pode ser dispensada como característica essencial do termo ‘bem’, mesmo que em dissonância com o posicionamento do OSC.

4.5.1 O Art. 31(1) da CVDT e a interpretação expansiva do termo bens

Para além da jurisprudência analisada do OSC, a ausência de definição do termo ‘bens’ na redação do GATT torna necessária a análise de fontes alternativas que possam elucidar o tema. No âmbito da CVDT, de 1969, vislumbra-se regras gerais para a interpretação de tratados internacionais dentre as quais, no artigo 31 (1), dispõe-se que “um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Nestes termos, compreende-se que os elementos que compõem o dispositivo – contexto, objetivo e finalidade – devem ser interpretados holisticamente (NUGRAHA, 2020, p. 705).

Conforme já explorado, o conceito de bem muitas vezes é reduzido a mercadorias tangíveis, armazenáveis e transportáveis, entretanto tal entendimento é controverso. Autores como Hernández-López (2001, p. 564) concluem que “a natureza intangível ou ao permanente da informação digitalizada sugere que ela não é um bem”; enquanto que autores como Hill (1999, p. 426), argumentam que bens e serviços são erroneamente confundidos em razão da diferença entre tangíveis e intangíveis, sendo que “há agora uma classe extremamente importante e de rápido crescimento de produtos intangíveis na forma de entidades que são gravadas e armazenadas em mídias como papel, filmes, fitas ou discos”.

No GATT, a palavra ‘bem’ parece ser utilizada de modo intercambiável com ‘produtos’, por exemplo:

[...] o Artigo I sobre o princípio da nação mais favorecida e o Artigo III sobre Tratamento Nacional referem-se a “produtos” e “produtos similares” em vez de “bens” e “bens similares”. Isto pode implicar que a regra geral de interpretação teria de ser aplicada tanto ao termo “mercadorias” como ao termo “produtos” (NUGRAHA, 2020, p. 705).

Não há uniformidade na utilização dos termos no GATT. Nugraha (2020, p. 707) explora conceitos sobre bens em diferentes dicionários e conclui que há definições sobre bens que não excluem semanticamente bens virtuais (ou produtos digitais) assim como definições restritivas que se aproximam do conceito de tangibilidade. Marceau (2018, p. 797-798) explica que:

Geralmente argumenta-se que o ‘contexto’ se refere principalmente ao contexto jurídico. Isto explicaria como alguns autores consideram que apenas o ‘contexto’ do termo no momento da conclusão do tratado, e não aquele contemporâneo à sua interpretação, seja válido. Contudo, uma leitura do ‘significado comum dos termos no seu contexto’ não excluiria a consideração de um contexto não jurídico mais alargado; integrando a evolução semântica dos termos relevantes no contexto.

Quanto ao ‘contexto’, a interpretação baseada em termos genéricos descrita por Marceau (2018, p. 805) também poderia resultar de uma interpretação do significado comum dos termos em razão da mudança do contexto tecnológico, de modo que as diferentes interpretações evolutivas⁹⁰ se sobreponham, ao invés de ser mutuamente exclusivas.

No DS 257, foi considerado que “as definições do dicionário têm suas limitações em revelar o significado comum de um termo. Isso é especialmente verdade quando os significados dos termos utilizados nos diferentes textos autênticos do Acordo da OMC são suscetíveis de diferenças de âmbito” (OMC, 2004, p.21-22).

O significado de uma cláusula de tratado, devidamente interpretado, está enraizado no significado comum dos termos usados. O Painel adotou uma definição do termo “bens”, extraída do Black's Law Dictionary, apresentada nas alegações do Canadá e dos Estados Unidos, segundo a qual o termo “bens” inclui “propriedade pessoal tangível ou móvel que não seja dinheiro”. Em particular, o Painel observou que essa definição estabelecida no Black's Law Dictionary contempla que o termo “bens” poderia incluir “plantações em crescimento e outras coisas identificadas a serem separadas da propriedade real”. Observamos que o Shorter Oxford English Dictionary oferece uma definição mais geral do termo “bens” como incluindo “propriedade ou posses”, especialmente - mas não exclusivamente - “bens móveis” (OMC, 2004, p.21).

Para discorrer sobre objetivo e finalidade do artigo 31 (1), da CVDT, argumenta-se a possibilidade de uma abordagem mais inclusiva com relação a produtos digitais. Mitchell (2007, p. 814-815) complementa:

A identificação do objeto e da finalidade de um tratado raramente é fácil, pois ‘a maioria dos tratados não têm objeto e propósito únicos e puros, mas uma variedade de objetos e propósitos diferentes e possivelmente conflitantes’. Os preâmbulos dos tratados muitas vezes ajudam a compreender o problema ao qual o tratado se dirige e explicar sua razão, propósito, objeto ou escopo. Os preâmbulos podem, portanto, compreender tanto o contexto quanto o objeto e o propósito. Os Tribunais da OMC se referem frequentemente aos preâmbulos dos vários acordos da OMC no decurso de sua interpretação.

No próprio preâmbulo do GATT, verifica-se no primeiro considerando que o comércio internacional deve ser conduzido com “o objetivo de elevar os padrões de vida, garantir o pleno emprego e um volume grande e constantemente crescente de renda real e demanda efetiva, desenvolver o uso pleno dos recursos do mundo e expandir a produção e o intercâmbio de mercadorias”. Enquanto que no segundo considerando dispõe-se que esses objetivos devem ser realizados “através da celebração de acordos recíprocos e mutuamente vantajosos, dirigidos à

⁹⁰ Isto é, interpretação evolutiva: (I) do uso de termos genéricos em conexão com a intenção das partes; (II) do significado comum dos termos em seu “contexto”; (III) da preservação da eficácia do objeto e da finalidade do tratado; e (IV) da evolução do direito internacional conexo e relevante.

redução substancial de tarifas e outras barreiras ao comércio e à eliminação do tratamento discriminatório no comércio internacional”. Dessa análise, fica evidente a intenção de liberalização comercial do GATT, e com isso, autores como Nugraha (2020, p. 708) entendem que o termo ‘bem’ deve ser interpretado de forma expansiva no sentido de incluir produtos digitais haja vista que a classificação destes produtos como um serviço teria um efeito significativamente menos liberalizante⁹¹.

A partir dos elementos (contexto, objetivo e finalidade) delineados no artigo 31(1) da CVDT, torna-se evidente que o propósito liberalizador do GATT pode guiar a interpretação abrangente e contextualizada do termo "bem". Além disso, ao considerar o artigo 33 da CVDT, a ser discutido na sequência, observa-se que a diversidade de significados que compõem a palavra possibilita concluir que o argumento da tangibilidade como elemento essencial do termo ‘bem’ é dispensável quando se compara definições de outros idiomas.

4.5.2 O significado comum dos termos do Artigo 33 da CVDT

O artigo 33 da CVDT, que trata sobre a interpretação de tratados autenticados em duas ou mais línguas, dispõe que:

1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.
2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem.
3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.
4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos.

Nugraha (2020, p. 710) observa que o termo ‘bem’ é interpretado de diferentes formas em diferentes idiomas⁹², portanto, para o autor, o GATT deveria considerar a diversidade de significados que formam a palavra. Essa análise não é novidade para o OSC, na verdade uma das bases da decisão do DS 257 se relaciona à avaliação linguística que considera o termo ‘bens’

⁹¹ Contrariamente, autores como Fleuter (2016, p. 172) argumentam que essa linha de pensamento é controversa porque poderia ser aplicada a qualquer produto, isto é, “se o objetivo for a liberalização total, então todos os litígios entre bens e serviços deverão ser resolvidos através da aplicação do GATT”.

⁹² Por exemplo: em espanhol, o termo ‘bienes’ se refere a tudo o que está apto a satisfazer uma necessidade humana direta ou indiretamente; em francês, o termo ‘biens’ considera um produto disponível capaz de satisfazer necessidades. Em ambos casos, a tangibilidade não aparece como critério para a definição do que é um bem (NUGRAHA, 2020, p. 709).

não excludente para bens imóveis (madeira em pé não colhida - objeto do litígio). De tal forma, exige-se no âmbito de um tratado a presunção de que haja significados comuns para os textos traduzidos em outros idiomas.

No inglês, Hill (1999, p. 427-428) investiga historicamente o significado do termo ‘bem’. Na análise, verifica-se que a tangibilidade sequer é um critério na língua inglesa e conclui que há duas características fundamentais para qualificar o termo:

Um bem é uma entidade que existe independentemente do seu proprietário e preserva a sua identidade ao longo do tempo. Se os direitos de propriedade puderem ser estabelecidos, segue-se que eles também podem ser transferidos de uma unidade econômica para outra, o que implica que os bens devem ser trocáveis: isto é, negociáveis ou vendáveis, como enfatizado por Adam Smith e outros. O proprietário de um bem obtém algum benefício econômico por possuí-lo, em contraste com um “mau” que tem um valor de troca negativo (HILL, 1999, p. 437-438).

Ao retomar ao artigo 31 (1), da CVDT, verifica-se que a boa-fé exigida para a interpretação de um tratado decorre do requisito fundamental de as partes cumprirem suas obrigações no acordo de forma razoável, honesta e justa. Por vezes, o tratado pode apresentar um termo com ‘significado comum’ do qual reflete sua interpretação textual. Particularmente, a OMC comumente recorre a dicionários para estabelecer termos a partir das definições encontradas, sendo que “embora os dicionários pareçam neutros e talvez possam adicionar autenticidade a uma interpretação específica, seu uso pode ocultar escolhas interpretativa anteriores, como qual dicionário usar e qual definição usar daquele dicionário” (MITCHELL, 2007, p. 812). Por conseguinte, “quando um dicionário fornece mais de um significado para um termo específico (como é comum), o significado comum não pode ser determinado sem referência ao contexto para decidir qual significado era pretendido” (MITCHELL, 2007, p. 812).

Caso o OSC optasse por confiar menos nas definições dos dicionários, haveria maior margem para utilização de princípios para a interpretação do significado comum de termos específicos, entretanto, conforme Mitchell (2007, p. 813) aponta, “é pouco provável que os princípios sejam úteis na determinação do significado comum ou especial de um termo, a menos que o próprio termo evoque um princípio”. Em outro questionamento, o autor reflete se o termo deve ser interpretado de acordo com seu significado normal ou especial: (I) no momento da redação; ou, (II) no momento da interpretação. Como resposta, utiliza-se do artigo 31 (1) para avaliar os elementos (contexto, objeto e finalidade) no caso específico, tomando como apontamento que:

Pode ser mais fácil justificar a utilização de princípios atuais em vez de princípios obsoletos nos litígios da OMC, de modo que os princípios possam desempenhar um papel mais importante quando se aplica uma abordagem evolutiva à interpretação, o que o Órgão de Recurso reconheceu como apropriado em pelo menos algumas circunstâncias.

[...]

Um princípio da legislação da OMC refletido em um preâmbulo de um acordo da OMC poderia, portanto, influenciar a interpretação de uma disposição da OMC, seja como contexto ou como objeto e finalidade. Os princípios de direito internacional consuetudinário e os princípios gerais de direito podem ser relevantes como contexto ou objeto e finalidade somente na medida em que estiverem refletidos nas disposições dos acordos da OMC (MITCHELL, 2007, p. 813;815).

Embora o estudo de Hill não possa ser considerado determinante em uma decisão jurídica vinculativa, é necessário demonstrar que a definição de bem a partir do critério de tangibilidade sequer é abarcado na língua inglesa. Nugraha (2020, p. 712) complementa que “tal afirmação não deve ser tratada como um dogma infalível no discurso sobre a aplicabilidade da legislação da OMC ao comércio eletrônico”, de modo que é factível a compreensão da palavra bens de forma abrangente, incluindo tanto bens tangíveis quanto intangíveis.

Apesar de a jurisprudência do OSC não oferecer orientação clara, entende-se que a aplicação da regra geral de interpretação do artigo 31 em conjunto com o artigo 33.º, n.º 3, da CVDT, é satisfatória para considerar que produtos digitais podem ser classificados como bens mesmo se não fossem consideradas interpretações evolutivas. A importância dessa constatação pode refletir na aplicação do GATT no comércio internacional em futuro cada vez mais digitalizado (NUGRAHA, 2020, p. 713-714). Assim, “[...] ao avaliar o significado de “mercadorias” em outras línguas oficiais da OMC, pode-se aplicar o Artigo 33 da CVDT [...] para argumentar que um produto não precisa ser tangível para ser considerado como um bem” (NUGRAHA, 2020, p. 706).

Para Oliveira (2015, p. 155), interpretar o Direito Internacional significa esclarecer ou revelar o sentido de uma norma a partir dos significados extraídos dos seus termos aliado ao contexto, aos objetivos e propósitos do tratado, ou às circunstâncias da conclusão do tratado. O ato interpretativo envolve:

[...] a interpretação das próprias regras costumeiras de interpretação, que se apresentam sob diferentes abordagens ou escolas interpretativas que podem influenciar no resultado do processo hermenêutico, como por exemplo, a adoção, pelo intérprete, da técnica da interpretação restritiva, extensiva, evolucionária, teleológica, objetiva, subjetiva, dentre outras, que se resumem em teorias que podem dar ênfase a diferentes elementos envolvidos no ato interpretativo, como o texto, a intenção das partes ou os objetivos de propósitos do tratado. Não há fórmula ou receita rígida para o ato de interpretação, embora os artigos 31 a 33 da CVDT possam sugerir certa prioridade ou preponderância de certas regras sobre outras,

devendo o intérprete se fundar antes na boa-fé no ato de escolha do método mais adequado para o caso concreto (OLIVEIRA, 2015, p. 155).

A interpretação teleológica dos termos, isto é, aquela que destinada a compreender a lei de acordo com o objetivo para o qual foi criada, à luz do propósito da OMC de liberação do comércio, leva a conclusão de que o OSC deve interpretar o significado comum dos termos de acordo com tecnologias atuais (MARCEAU, 2018, p. 803). No âmbito dos fluxos transfronteiriços de dados, por conta do papel fundamental na economia digital baseada em dados, integrá-los ao escopo de regulamentação do GATT sob a designação de um bem ou produto digital vai ao encontro com a finalidade para a qual o acordo foi criado, de modo que é possível facilitar transações comerciais, impedir barreiras tarifárias, promover inclusão de países em desenvolvimento e impulsionar inovação e crescimento econômico global.

Salienta-se que a interpretação evolutiva não é essencialmente jurídica visto que analisa mudanças linguísticas, tecnológicas, políticas e sociais. Na OMC, este método é utilizado como forma de trazer diferentes perspectivas sobre como o acordo deve ser interpretado para o fim de manter sua eficácia, reconhecendo ao mesmo tempo que a natureza do comércio internacional evolui tecnicamente (MARCEAU, 2018, p. 813).

Quando o GATT foi estabelecido, a ideia de acessibilidade à Internet no comércio era impensável. No entanto, se um membro da OMC abrir seu mercado a todos os modos de ‘fornecimentos transfronteiriços’, incluindo telecomunicações, telefones e faxes, a neutralidade tecnológica que caracteriza o objeto e a finalidade das disposições da OMC sobre o comércio de bens e serviços também incluiria hoje a transmissão de fluxos transfronteiriços de dados pela Internet (TREBILCOCK; HOWSE; ELIASON, 2013, p. 443-444; MARCEAU, 2018, p. 811).

A interpretação teleológica e a consideração do objeto e finalidade do artigo 33 da CVDT permitem que a interpretação de tratados comerciais internacionais se ajuste às mudanças tecnológicas. Esse enfoque possibilita que os tratados mantenham sua relevância e eficácia ao longo do tempo. Combinar esse método interpretativo com a evolução dos significados dos termos devido ao avanço tecnológico, é especialmente pertinente no contexto do comércio eletrônico, onde a tecnologia está em constante evolução (MCLACHLAN, 2005, p. 279-280; MARCEAU, 2018, p. 811). Portanto, a possibilidade de reconhecer os fluxos transfronteiriços de dados como mercadoria para o GATT reflete a necessidade de atualização e adaptação dos tratados comerciais às realidades tecnológicas atuais, garantindo que a

regulamentação esteja alinhada com os objetivos originais do acordo em um comércio cada vez mais digital.

CONCLUSÃO

Dados representam a conotação mais primitiva e fragmentada da informação e proporcionam uma nova perspectiva para compreender e interagir com o mundo. Dentre outros, dados podem ser sobre pessoas, comportamentos, relações, organizações e atividades comerciais, tendo dimensões que ultrapassam o mero avanço tecnológico. A relação entre dados e sua transformação em elementos que aprimoram seu valor de uso é usualmente descrita por meio da Pirâmide DIKW: o modelo indica que dado é a base que define informação, que por sua vez define conhecimento e, por fim, define sabedoria.

Por si só, dados não são úteis, não têm sentido nem interpretação, devendo ser transformados para terem aplicação, encontrando como único propósito, sua própria existência. Ao se transformar em informação, dados passam a ser significados e contextualizados, sendo úteis, processados e interpretados. Quando transformada em conhecimento, representa o conjunto de informações, conectadas, organizadas, analisadas, avaliadas e acumuladas, podendo também estabelecer relações entre dados coletados e criar novos dados ou informações. A sabedoria ocorre quando o conhecimento é aplicado para atingir objetivos específicos, como aumentar eficácia, aplicação ou compreensão do conhecimento.

As características informacionais compreendem elementos que indicam o quão relevantes dados podem se tornar. Dados de maior qualidade reduzem incertezas e riscos de que decisões baseadas neles estejam incorretas e dados mais sensíveis estão mais suscetíveis a rastreamento, ataques ou perturbações. A possibilidade de agrupar dados semelhantes sobre determinada ordem ou categoria os tornam interoperáveis e a não rivalidade indica a capacidade de utilização simultânea e ao longo do tempo de dados sem que estes se esgotem. Quanto à acessibilidade, entende-se que dados podem ser fechados, compartilhados ou abertos e sua versatilidade reflete diferentes utilidades para o fim que são coletados.

Os fluxos transfronteiriços de dados emergiram como instrumento essencial da economia digital baseada em dados, porém, apesar da crescente relevância, ainda não existe consenso sobre os elementos básicos que o compõem, havendo diversas abordagens na literatura para medi-los ou quantificá-los. Inicialmente, por esforços da OCDE e do Conselho Europeu, o conceito de fluxo de dado surge como oposição aos direitos de privacidade e

integridade pessoal como forma de assegurar o livre comércio. Atualmente, a amplitude do conceito é mais complexa em razão da digitalização da economia e da dependência da sociedade nas transferências de dados, as definições se concentram em quatro grandes grupos que contribuem para a sua literatura: academia, setor privado, organizações internacionais e sociedade civil. Há ampla defesa do livre fluxo de dados em oposição às medidas regulatórias de localização dos dados em todos os grupos citados, havendo mais posicionamentos divergentes entre a sociedade civil. Assim, prevalece na literatura o pressuposto de que restrições aos fluxos de dados são indesejadas por razões econômicas, porém, tal visão deixa de considerar possíveis imperfeições dos mercados, como a ampliação da desigualdade entre países e a formação de monopólios.

Na medida em que custos de produção nos novos mercados *online* tendem a ser menores, o controle de dados se revela como ferramenta eficiente para traçar usuários e novos mercados. Ao mesmo tempo, vantagens competitivas causam desequilíbrio nos preços dos produtos e afetam aspectos concorrenciais do comércio internacional. A produção exponencial de dados e a capacidade de explorá-los com novas tecnologias transformaram a economia, marcando a transição da era do conhecimento para a era baseada em dados.

A era digital favorece empresas de países industrializados que captam e utilizam grandes volumes de dados, mas há falta de consenso sobre regulamentação. Muitos países não estão preparados para estabelecer regras sobre liberdade comercial, privacidade ou estabilidade social, ficando excluídos das discussões dominadas por nações desenvolvidas e grandes empresas de tecnologia.

Há consenso literário sobre as contribuições econômicas dos dados no comércio digital, mas surgem incertezas metodológicas sobre os critérios de avaliação. Diversas abordagens são utilizadas para medir o valor dos dados, mas ainda há lacunas e oportunidades na literatura para explorar suas potenciais consequências. A valoração dos dados continua sendo alvo de intensos debates e, no comércio internacional, a decisão de considerar os fluxos de dados como *commodities* reflete um viés político.

No processo de formação do sistema multilateral de comércio com o GATT, em 1947, diversas regulamentações nacionais foram substituídas por uma de cunho mundial. Os Estados foram incentivados a não interferir nesse processo de liberalização, sendo convencidos dos

benefícios do sistema por meio de instrumentos que promovem equidade, reduzem barreiras comerciais, garantem previsibilidade e resolvem disputas no comércio internacional. O sistema perdurou até 1995 com a rodada Uruguai, momento em que a OMC foi institucionalizada como principal instrumento para supervisionar e facilitar regras do comércio internacional bem como para solucionar controvérsias relativas a interpretação e aplicação de acordos por meio do OSC. Embora o GATT não tenha disposições específicas sobre fluxos de dados, o desenvolvimento de sistemas de comunicação global depende das regras estabelecidas na OMC, pois está intrinsecamente ligado ao comércio internacional.

Para mapear o desenvolvimento do fluxo de dados transfronteiriços no comércio internacional, o estudo avaliou a evolução dos instrumentos internacionais que moldaram os regulamentos atuais, as iniciativas criadas por blocos regionais ou grupos de países que compartilham dos mesmos regulamentos, os acordos comerciais que preveem dispositivos regulando o fluxo transfronteiriço de dados e os mecanismos unilaterais que também disciplinam a matéria.

Nisso, deparou-se que as Diretrizes da OCDE foram os primeiros instrumentos internacionais a estabelecer princípios não vinculativos sobre privacidade da informação. A influência desses princípios resultou na criação de diversas legislações nacionais relacionadas a fluxos de dados que afirmaram do modelo econômico adotado pelas nações desenvolvidas, a exemplo da Convenção 108 do Conselho da Europa que inclusive continha influências cruzadas entre os redatores dos dois instrumentos.

Dentre as iniciativas regionais, o Ato Adicional n. 1/01/10 da CEDEAO surgiu para complementar a lacuna legislativa relacionada a normas de proteção de dados e para preencher um quadro jurídico harmonizado, também sendo responsável por influenciar modelos regulatórios para acordos africanos, como a Convenção de Malabo de 2014. Já o CBPR da APEC foi o sistema criado para a aplicação de princípios e orientações que não se aplicam como lei de forma a facilitar os fluxos transfronteiriços de dados por meio de uma certificação conferida aos países e empresas membros. O RGPD da UE, por sua vez, é o modelo legislativo mais relevante dentre as iniciativas regionais, sendo que seus princípios e regras se orientam a respeitar direitos e liberdades fundamentais, tendo caráter vinculante a todos Estados-membros e possuindo alcance extraterritorial.

Com relação aos acordos comerciais, percebe-se pontos em comum que disciplinam matérias de privacidade e proteção de dados, havendo três categorias em que fluxos de dados são abordados: (I) acordos não vinculativos que reafirmam a importância de manter o fluxo de dados; II) acordos com previsões de reavaliação dos próprios dispositivos relacionados aos fluxos de dados em futuras revisões; e, (III) acordos que preveem regras vinculativas relativas às transferências de dados. De modo geral, países optam por diferentes ou múltiplas formas para regular fluxos transfronteiriços de dados de forma complementar aos mecanismos unilaterais, ou seja, contratos, decisões de adequação do setor privado e do setor público, cláusulas contratuais normalizadas ou pré-aprovadas, princípios de responsabilização *ex post* e regras vinculativas para as empresas.

Desde a Rodada Doha, a OMC enfrenta impasses que impedem seu pleno funcionamento, como o formato das negociações e o conflito de interesse entre países membros. Com a dificuldade de finalização de amplo acordo multilateral, acordos plurilaterais setoriais se tornaram alternativa no comércio internacional, confrontando a idealização de um sistema multilateral baseado no consenso por um processo que pode originar acordos discriminatórios. Acordos baseados nas necessidades de cada Estado contribuem para a erosão do princípio da não discriminação no comércio internacional bem como os princípios da transparência e da previsibilidade por permitir um emaranhado de regimes regulatórios diferentes e comumente conflitantes entre si: o chamado *spageti bowl*. Nesta sistemática, negociações permeiam a capacidade de países expandirem seus modelos regulatórios, tornando os principais atores econômicos do comércio internacional líderes na exportação de sistemas jurídico-institucionais que sirvam aos seus interesses para outros países.

Apesar das dificuldades, a OMC permanece fundamental na governança do comércio internacional e na promoção de um sistema baseado em regras. O GATT, mesmo não prevendo menções diretas aos fluxos transfronteiriços de dados, tem a capacidade de regular produtos não previstos no momento de sua ratificação, como novas tecnologias, tendo como base decisões do OSC e fontes regulatórias alternativas que moldam acordos internacionais.

Dessa forma, analisou-se em primeiro momento o painel Audiovisuais (DS 363) dos Estados Unidos contra a China como caso emblemático para compreender o tratamento que o OSC atribui a produtos digitais. No painel, considerou-se que a violação ao princípio de não

discriminação de produtos importados após ingressarem no mercado doméstico também ocorre por meio da internet, isso é, com base no artigo III:4, do GATT, declarou-se similaridade entre produtos baixados *online* (*downloads*) com seus homólogos físicos (rolos de filmes) por conta da natureza e da relação competitiva entre os produtos. Isso implica afirmar que medidas estatais que (I) impõem controle sobre produtos digitais como condição prévia para sua entrada em um mercado nacional ou (II) condicionam a entrada à autorização de uma autoridade administrativa, devem ser interpretadas como equivalentes a um procedimento de concessão de uma licença de importação, explicitamente contemplado pelo artigo XI, do GATT. Portanto, regulamentos que bloqueiam total ou parcialmente meios de entrega de dados (a internet por exemplo) podem ser considerados como medidas de restrição ao comércio a esses produtos e conseqüentemente representar uma restrição quantitativa comparável a uma quota, isso é, uma barreira comercial.

Situações *online* podem ser reguladas por meio de disposições gerais visto que produtos digitais já contam amplamente com mecanismos e modelos bem consolidados na prática da OMC. Para o GATT, apesar da falta de disposições específicas, os quadros normativos e jurisprudenciais do acordo permitem efetivamente o enquadramento dos fluxos transfronteiriços de dados como bem no comércio internacional, o que implica reconhecimento de todas regras e encargos previstos no Acordo. Entretanto, nos termos do DS 363, tal reconhecimento ocorreu no contexto em que o produto digital está relacionado a um produto físico e a ideia de que o mesmo se aplicaria a produtos exclusivamente digitais (sem homólogos físicos) não foi respondida.

Nesse ponto, a questão da tangibilidade dos produtos se sobressai como um fator determinante na classificação. A complexidade em que produtos digitais ou fluxos de dados se manifestam não correspondem taxativamente à ordem de divisão entre bem (regulado pelo GATT) e serviço (regulado pelo GATS), muitas vezes apresentando características de ambos ao mesmo tempo. Para essa dificuldade, recorreu-se a outros painéis do OSC que confirmaram a possibilidade de que medidas possam estar sujeitas simultaneamente a ambos acordos, pois os dois universos não são mutuamente exclusivos.

No âmbito do DS 363, destaca-se que a natureza física do produto não implica que os produtos digitais transmitidos eletronicamente sejam automaticamente excluídos do escopo do

GATT. Pelo contrário, a omissão em estabelecer categoricamente que produtos digitais intangíveis não podem ser regulados pelo GATT pode determinar uma vontade do painel de reconhecer que bens também podem estar em formas incorpóreas. Embora não seja possível afirmar precisamente que tangibilidade é um elemento dispensável, é evidente a margem de interpretação deixada pelo painel e, para isso, tornou-se necessário investigar fontes alternativas para compreender a possibilidade de regulação de bens intangíveis no GATT.

A própria OMC, por meio do artigo 3.2, do ESC, reconhece que o GATT não deve ser lido de forma clinicamente isolada do direito internacional público. Entre a ratificação de um tratado e sua implementação, mudanças políticas, sociais, históricas ou jurídicas podem afetar na interpretação e aplicação de seus dispositivos. Assim, torna-se necessário considerar não só o texto do tratado, mas também o contexto e as mudanças desde sua redação para que as decisões tomadas pelo OSC reflitam adequadamente as condições atuais, assegurando que tratados continuem relevantes e eficazes contemporaneamente. Assim, por meio da interpretação evolutiva se reconhece a necessidade de atualizar a interpretação das disposições dos tratados à medida que a tecnologia avança.

A teleologia é particularmente relevante ao interpretar os tratados comerciais à luz dos objetivos da CVDT. A partir da análise dos elementos do artigo 31(1) da Convenção, verifica-se a intenção do GATT em interpretar o termo ‘bem’ de forma expansiva em razão de sua intenção de liberalização comercial. Além disso, a OMC comumente recorre a dicionários para estabelecer termos a partir de definições encontradas em outros idiomas e, em razão disso, autores demonstram que para a definição do termo ‘bem’, por vezes, sequer se considera a tangibilidade em outros idiomas, abarcando tanto produtos materiais quanto digitais. Essa análise encontra respaldo no artigo 33, da CVDT, portanto, por meio da interpretação teleológica, é possível interpretar o significado comum dos termos de acordo com as tecnologias atuais.

Dessa forma, confirma-se a hipótese atribuída ao problema de pesquisa e conclui-se reafirmando a relevância do estudo. Isso é, fluxos transfronteiriços de dados podem ser integrados ao escopo de regulamentação do GATT, tanto pelo OSC, que considera apenas bens com homólogos físicos, quanto pela aplicação dos artigos 31(1) e 33, da CVDT, que interpretam

o termo bem de forma abrangente, não distinguindo se há ou não tangibilidade no produto, abarcando produtos materiais e digitais.

Em razão da velocidade em que a tecnologia avança e das novas formas em que se o comércio internacional se instrumentaliza, torna-se cada vez mais importante questionar a eficiência e validade dos tratados, em especial o GATT, na regulamentação de temas com dispositivos não previstos no momento de sua redação. Assim, o estudo revela uma análise abrangente de como novas tecnologias podem ser interpretadas em tratados internacionais, servindo aos propósitos da ciência na disseminação do conhecimento e na divulgação de um método científico.

REFERÊNCIAS

- AARONSON, Susan Ariel. Data is different, and that's why the world needs a new approach to governing cross-border data flows. **Digital Policy, Regulation and Governance**, v. 21, n. 5, p. 441-460, 2019. Disponível em: https://www.cigionline.org/static/documents/documents/paper%20no.197_0.pdf
- AARONSON, Susan Ariel; LEBLOND, Patrick. Another digital divide. The rise of data realms and its implications for the WTO. **Journal of International Economic Law**, v. 21, n. 2, p. 245-272, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/325218175_Another_Digital_Divide_The_Rise_of_Data_Realms_and_its_Implications_for_the_WTO
- AARONSON, Susan Ariel; MAXIM, Rob. Data Protection and Digital Trade in the Wake of the NSA Revelations. **Intereconomics**, v. 48, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407246
- ADRIÃO, Milton Cesar; RAZZOLINI FILHO, Edelvino. The Pyramid of Information-criticism and opportunity. **International Journal of Advanced Engineering Research and Science**, v. 8, p. 5, 2021. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/351957227_The_Pyramid_of_Information_-_criticism_and_opportunity
- AGUERRE, Carolina. Digital trade in Latin America: mapping issues and approaches. **Digital Policy, Regulation and Governance**, v. 21, n. 1, p. 2-18, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329726920_Digital_trade_in_Latin_America_mapping_issues_and_approaches
- ALMEIDA FILHO, Ednaldo Rodrigues de. **O regime jurídico internacional da proteção de dados pessoais e seus reflexos no comércio internacional**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/39516>
- ARRIETA-IBARRA, Imanol et al. Should We Treat Data as Labor? Moving beyond “Free”. **American Economic Association Papers and Proceedings**, vol. 108, pgs. 38–42, 2018. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/pandp.20181003>
- AVILA, Renata. Against digital colonialism. **Platforming Equality: Policy Challenges for the Digital Economy**, p. 47-57, 2020. Disponível em: <https://autonomy.work/wp-content/uploads/2020/09/Avila.pdf>
- BABALOLA, Olumide, Transborder flow of personal data (TDF) in Africa: Stocktaking the ills and gains of a divergently regulated business mechanism, **Computer Law & Security**

Review, Volume 52, 2024. Disponível em:

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364924000074>

BANCO MUNDIAL (BM). Relatório de Desenvolvimento Mundial 2021: Dados para uma vida melhor. **World Bank**, Washington, DC. Disponível em:

<https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/978-1-4648-1600-0>

BARRAL, Welber. O Brasil e a OMC. Curitiba: **Juruá**, 2. Ed. 2007.

BERGEMANN, Dirk; BONATTI, Alessandro: Markets for Information: A primer. **CEPR Discussion Paper 13148**. 2018. Disponível em:

<https://ideas.repec.org/p/cpr/ceprdp/13148.html>

BERTONI, Eduardo. Convention 108 and the GDPR: Trends and perspectives in Latin America. **Computer Law & Science Review**. 2020. Disponível em:

<https://privacysecurityacademy.com/wp-content/uploads/2020/12/Convention-108-Bertoni.pdf>

BIRCHALL, Clare. Shareveillance. Subjectivity between open and closed data. **Big Data & Society**, v. 3, n. 2, p. 2053951716663965, 2016.

BOSSCHE, Peter Van Den; ZDOUC, Werner. The Law and Policy of the World Trade Organization. 4. ed. Cambridge: **Cambridge University Press**. 2017.

BRADFORD, Anu. The Brussels Effect. **NorthWestern University Law Review**, v. 107, n. 1, p. 1-68, 2012. Disponível em:

https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/271

BRADSHAW, Leslie. The Great Data Revolution. In.: The future of data-driven innovation. The U. S. **Chamber of Commerce Foundation**. 2014.

BRANDÃO, Luíza Couto Chaves. **Fluxo transnacional de dados: estruturas, políticas e o Direito nas vertentes da governança**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, Minas Gerais, 2020. Disponível em:

<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/33716>

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018

BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE (BSA): Cross-border Data Flows. Washington, DC. 2017. **BSA**. Disponível em: https://www.bsa.org/files/policy-filings/BSA_2017CrossBorderDataFlows.pdf

CAI, Li; ZHU, Yangyong. The challenges of data quality and data quality assessment in the big data era. **Data science journal**, v. 14, p. 2-2, 2015.

CALLO-MÜLLER, María Vasquez. GDPR and CBPR: Reconciling Personal Data Protection and Trade. **APEC Policy Support Unit POLICY BRIEF**, No. 23. 2018. Disponível em: https://www.apec.org/docs/default-source/Publications/2018/10/GDPR-and-CBPR---Reconciling-Personal-Data-Protection-and-Trade/218_PSU_Policy-Brief_GDPR_CBPR.pdf

CAPUCIO, Camilla. A OMC e o regionalismo do século XXI: estratégia de imposição de modelos normativos? **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 337-348, 2014. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3158>

CAPUCIO, Camilla.; KALLAS E CAETANO, Fernanda de Araújo. O acordo da OMC sobre tecnologia da informação (ITA) e sua expansão (ITA II): multilateralização do regionalismo. **Scientia Iuris**, 22(1), 283–313. 2018. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/30289>

CASALINI, Francesca; GONZÁLEZ, Javier López. Trade and Cross-Border Data Flows. **OECD Trade Policy Papers**, n. 220, 2019. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/trade-and-cross-border-data-flows_b2023a47-en

CELLI JUNIOR, Umberto. Tecnologias digitais e o comércio de bens e serviços na OMC/Digital. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, vol. 17, n.1. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/6236>

CHANDER, Anupam; LÊ, Uyên P. Data nationalism. **Emory LJ**, v. 64, p. 677, 2014.

CIURIAK, Dan. The economics of data: implications for the data-driven economy. **Data governance transformative technologies**. 2018. Disponível em: <https://www.cigionline.org/articles/economics-data-implications-data-driven-economy/>

COMISSÃO EUROPEIA (CE): **Convenção 108 +**: Convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento de dados de carácter pessoal. Disponível em: <https://rm.coe.int/cm-convention-108-portuguese-version-2756-1476-7367-1/1680aa72a2>

COMISSÃO EUROPEIA (CE): Creating Value through Open Data: Study on the Impact of Re-use of Public Data Resources. **Digital Agenda for Europe**, 2015. Disponível em: https://www.europeandataportal.eu/sites/default/files/edp_creating_value_through_open_data_0.pdf

COMISSÃO EUROPEIA (CE): Horizontal provisions for cross border data flows and for personal data protection in EU trade and investment agreements. **Comissão Europeia**. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/627665/en>

COMUNIDADE ECONÔMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL (CEDEAO). **Supplementary Act A/AS.1/01/10 on personal data protection within ECOWAS**. 2010. Disponível em: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2013/mar/ecowas-dp-act.pdf>

COMUNIDADE ECONÔMICA DOS ESTADOS DA ÁFRICA OCIDENTAL (CEDEAO). **The 1975 Treaty Of The Economic Community Of West African States**. 1975. Disponível em: <https://www.ecowas.int/publication/treaty/>

CONCONI, Paola; PAUWELYN, Joost. Trading Cultures: Appellate Body Report on China–Audiovisuals (WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010). **World Trade Review**, 10, pp 95-118. 2011. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/world-trade-review/article/trading-cultures-appellate-body-report-on-chinaaudiovisuals-wtds363abr-adopted-19-january-2010/CE95F3D4453D1D2C5339825314A22F91>

COOPERAÇÃO ECONÔMICA ÁSIA-PACÍFICO (APEC). **About APEC**. 2024. Disponível em: <https://www.apec.org/about-us/about-apec#:~:text=The%20word%20'economies'%20is%20used,one%20another%20as%20economic%20entities.>

COOPERAÇÃO ECONÔMICA ÁSIA-PACÍFICO (APEC). APEC Privacy Framework. **CTI Sub-Fora & Industry Dialogues Groups, Digital Economy Steering Group (DESG)**. 2015. Disponível em: <https://www.apec.org/publications/2005/12/apec-privacy-framework>

COOPERAÇÃO ECONÔMICA ÁSIA-PACÍFICO (APEC). **What is the Cross-Border Privacy Rules System**. 2024. Disponível em: <https://www.apec.org/about-us/about-apec/factsheets/what-is-the-cross-border-privacy-rules-system>

COYLE, Diane; KAY, Lawrence; DIEPEVEEN, Stephanie; TENNISON, Jeni; WDOWN, Julia. The value of data: Policy implications. **The Bennett Institute for Public Policy**, Cambridge and the Open Data Institute. 2020. Disponível em: <https://www.bennettinstitute.cam.ac.uk/publications/value-data-policy-implications/>

DIEPEVEEN, Stephanie; WDOWN, Julia. The Value of Data: Policy Implications report–Accompanying Literature Review. **Bennett Institute for Public Policy mimeo**. 2020. Disponível em: <https://www.bennettinstitute.cam.ac.uk/publications/value-data-accompanying-literature-review/>

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011.

DUARTE, Thaile Xavier Dantas. **Tecnologia, uso, coleta e tratamento de dados: o futuro do poder econômico?**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2399>

FAST, Victoria; SCHNURR, Daniel; WOHLFARTH, Michael. Regulation of data-driven market power in the digital economy: Business value creation and competitive advantages from big data. **Journal of Information Technology**, v. 38, n. 2, p. 202-229, 2023.

FIANI, Ronaldo et al. A crise dos bens culturais como mercadorias| The crisis of cultural goods as merchandise. **Liinc em Revista**, v. 5, n. 2, 2009.

FIORENTINO, Roberto; VERDEJA, Luis; TOQUEBOEUF, Christelle. **The changing landscape of regional trade agreements: 2006 Update**. Geneva: WTO, 2007. WTO Discussion Paper n. 12. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/discussion_papers12a_e.pdf

FLEUTER, Sam: The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification, **Chicago Journal of International Law**: Vol. 17: No. 1, Article 5. 2016. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol17/iss1/5/>

FOKUS, Fraunhofer et al. **Creating value through open data: Study on the impact of reuse of public data resources**. 2017.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL (FEM). A Roadmap for Cross-Border Data Flows: Future-Proofing Readiness and Cooperation in the New Data Economy. White Paper, **World Economic Forum**, Genebra, 2020. Disponível em: https://www.weforum.org/whitepapers/a-roadmap-for-crossborder-data-flows-future-proofing-readiness-and-cooperation-in-the-new-data-economy/?DAG=3&gclid=EAIAIQobChMI15PbwuC2_wIVRZhMCh27-wivEAAAYASAAEgLbmfD_BwE

GALVÃO, O. J. de A. (2020). Da Rodada Uruguai à Rodada Doha e os seus desdobramentos até os dias atuais: os novos desafios do Brasil nas negociações multilaterais na OMC. **Ciência & Trópico**, 44(2). Disponível em: <https://periodicos.fundaj.gov.br/CIC/article/view/1945>

GAWER, Annabelle. Bridging Differing Perspectives on Technological Platforms: Toward an Integrative Framework. **Research Policy**, vol. 43, issue 7, pgs. 1239-1249, 2014. Disponível em: https://econpapers.repec.org/article/eeerespol/v_3a43_3ay_3a2014_3ai_3a7_3ap_3a1239-1249.htm

GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE (GATT). **Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio**. Genebra, 1947. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm

GOMES, Maria Cecília Oliveira; ZAPPELINI, Thaís Duarte Zappellini. **Decisão de Adequação no Brasil: estamos preparados?** 2020. Disponível em: <https://medium.com/o-centro-de-ensino-e-pesquisa-em-inova%C3%A7%C3%A3o-est%C3%A1/adequacy-decision-estamos-preparados-7a9cb6439bd8>

GNOATTON, Letícia Mulinari. **A conformidade da Autoridade Nacional de Proteção de Dados aos critérios exigidos pela União Europeia para a concessão de decisão de adequação ao Brasil nos termos do Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/227071>

GREENLEAF, Graham. The influence of European data privacy standards outside Europe: implications for globalization of Convention 108, **International Data Privacy Law**, Volume 2, Issue 2, May 2012, Páginas 68–92. Disponível em: <https://academic.oup.com/idpl/article-abstract/2/2/68/755358>

HASKEL, Jonathan; WESTLAKE. **Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy**. Princeton University Press, Princeton. 2017. Disponível em: <https://press.princeton.edu/books/hardcover/9780691175034/capitalism-without-capital>

HERNÁNDEZ-LÓPEZ, Ernesto: Trade in Electronic Commerce Services Under the WTO: The Need to Clearly Classify Electronic Transmissions as Services and Not Tariff-Liable, 4, **Journal of World Intellectual Property**, 557. 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=916003

HILL, Peter: Tangibles, Intangibles and Services: A New Taxonomy for the Classification of Output, 32(2) **The Canadian Journal Of Economics**, 426. 1999. Disponível em: https://econpapers.repec.org/article/cjeissued/v_3a32_3ay_3a1999_3ai_3a2_3ap_3a426-446.htm

HILL, Richard. Why should data flow freely? **Association for Proper Internet Governance (APIG)**, March. 2018. Disponível em: <http://www.apig.ch/Forum%202018%20Policy%20statement.pdf>

IFEANYI-AJUFO, Nnenna. Cyber governance in Africa: at the crossroads of politics, sovereignty and cooperation. **Policy Design and Practice**, 6:2, 146-159, 2023. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/25741292.2023.2199960>

JACKSON, John. H. *The World Trade System: law and policy of international economic relations*. Cambridge: **The MIT Press**, 2. Ed. 1999.

KERBER, Wolfgang. Rights on data: the EU communication ‘Building a European Data Economy’ from an economic perspective. **Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools (Baden Baden, Nomos 2017)**, 2017.

LAVALLE, Steve; LESSER, Eric; SHOCKLEY, Rebecca; HOPKINS, Michael; KRUSCHWITZ, Nina: Big Data, Analytics and the Path from Insights to Value, **MIT Sloan Management Review**, Winter 2011, Vol 52 (2). Disponível em: <https://sloanreview.mit.edu/article/big-data-analytics-and-the-path-from-insights-to-value/>

LI, Wendy CY; CHI, Peter J. Online Platforms’ Creative “Disruption” in Organizational Capital—the Accumulated Information of the Firm. **US Bureau of Economic Analysis working paper**, 2020.

LINDEN, Olivier; DAHLBERG, Erik. Data flows: a fifth freedom for the internal market? **Kommerskollegium (National Board of Trade Sweden)**, Estocolmo, 2016. Disponível em: <https://www.kommerskollegium.se/en/publications/reports/2016/data-flows---a-fifth-freedom-for-the-internal-market/>

LÓPEZ-GONZÁLEZ, Javier; CASALINI, Francesca; NEMOTO, Taku. Mapping approaches to cross-border data flows. In.: Borchert, I and L Winters (eds), ‘Addressing Impediments to Digital Trade’, **CEPR Press**, Paris & London, 2021. Disponível em: <https://cepr.org/publications/books-and-reports/addressing-impediments-digital-trade>

MANDEL, Michael: Beyond goods and services: The (unmeasured) rise of the data-driven economy. **Progressive Policy Institute** 10. 2012.

MARCEAU, Gabrielle: Evolutive Interpretation by the WTO Adjudicator, **Journal of International Economic Law**, Volume 21, Issue 4, December 2018, Pages 791–813. Disponível em: <https://academic.oup.com/jiel/article-abstract/21/4/791/5211415>

MAZZUCATO, Mariana. Let’s make private data into a public good. **MIT Technology Review**, Cambridge, 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2018/06/27/141776/lets-make-private-data-into-a-public-good/>

MCKINSEY & COMPANY: **Open Data: Unlocking innovation and performance with liquid information**. 2013. Disponível em: https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Open%20data%20Unlocking%20innovation%20and%20performance%20with%20liquid%20information/MGI_Open_data_FullReport_Oct2013.ashx

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE (MGI). Big Data: The next frontier for innovation, competition and productivity. **McKinsey**. 2011. Disponível em: https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_full_report.ashx

MCLACHLAN, C.: The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 54, n. 2, p. 279-320, 2005.

MILNE, George R. et al.: Information sensitivity typology: Mapping the degree and type of risk consumers perceive in personal data sharing. **Journal of Consumer Affairs**, v. 51, n. 1, p. 133-161, 2017.

MITCHELL, Andrew D.: The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes. **Journal of International Economic Law**, Vol. 10, No. 795, 2007, U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 284. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1031290

MITCHELL, Andrew D.; MISHRA, Neha. Data at the docks: modernising International Trade Law for the digital economy. **Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law**, v. 20, pgs. 1073-1134, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/jetlaw/vol20/iss4/3/>

MITCHELL, Andrew D.; MISHRA, Neha. Regulating Cross-Border Data Flows in a Data-Driven World: How WTO Law Can Contribute. **Journal of International Economic Law**, vol. 22, issue 3, pgs. 389–416, 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/jiel/article-abstract/22/3/389/5521020?redirectedFrom=fulltext&login=false>

MOREIRA, Sónia. **O RGPD e a sua aplicação transfronteiriça: até onde estão protegidos os nossos dados pessoais?** [s.l.] UMinho Editora, 2023. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/88218>

MOTA, Pedro Infante. **O Sistema Gatt/OMC: introdução histórica e princípios fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

NUGRAHA, Ignatius Yordan: Is Tangibility a Prerequisite Digital Products as Goods (September 26, 2020). **Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy**, Vol. 15, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3732245

OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). **Digital Economy Outlook 2017**. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/digital/oecd-digital-economy-outlook-2017-9789264276284-en.htm>

OCDE, **Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. 1980. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0188>

OCDE. **OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. 2001. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guidelines-on-the-protection-of-privacy-and-transborder-flows-of-personal-data_9789264196391-en

OCDE. Thirty years after the OECD privacy guidelines. **OECD Digital Economy Papers**, 2011. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-evolving-privacy-landscape-30-years-after-the-oecd-privacy-guidelines_5kgf09z90c31-en

OPEN DATA SIENCE (ODSC): Data Valuation: What Is Your Data Worth, and How Do You Value It?. Medium, 10 out. 2019. Disponível em: <https://odsc.medium.com/data-valuation-what-is-your-data-worth-and-how-do-you-value-it-b0a15c64e516>

OLIVEIRA, Adriano Junior Jacintho de: **A responsabilidade civil do transportador aéreo por atraso de voo no transporte internacional de passageiros**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-13102015-141252/publico/INTEGRAL_Adrilano_Junior_Jacintho_de_Oliveira.pdf

OMC. **A unique contribution**. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/displ_e.htm

OMC. **Disputa DS10**: United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline. Relatório do Painel, 20 ago. 1996. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds10_e.htm

OMC. **Disputa DS108**: Estados Unidos - Impostos sobre Exportações de Madeira. Relatório do Painel, 22 ago. 1996. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds108_e.htm

OMC. **Disputa DS11**: United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom. Relatório do Painel, 23 maio 1996. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds11_e.htm

OMC. **Disputa DS135**. European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products. Relatório do Órgão de Apelação, 12 mar. 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds135_e.htm

OMC. **Disputa DS139**: União Europeia - Medidas que afetam as importações de frangos desossados de alto teor de gordura originários dos Estados Unidos. Relatório do Painel, 27 ago. 1999. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds139_e.htm

OMC. **Disputa DS146**: Comunidades Europeias – Regime de Importação de Bananas. Relatório do Órgão de Apelação, 9 set. 1997. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds146_e.htm

OMC. **Disputa DS2**: Japão - Restrições às Importações de Produtos Agrícolas. Relatório do Painel, 31 mar. 1998. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds2_e.htm

OMC. **Disputa DS257**: União Europeia - Regime de importação de bananas. Relatório do Painel, 25 set. 2001. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds257_e.htm

OMC. **Disputa DS27**: Brasil - Exportações de Açúcar - Regime de Importação de Produtos. Relatório do Painel, 16 fev. 1998. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm

OMC. **Disputa DS285**: Estados Unidos - Direitos antidumping sobre a salmão do Atlântico do Chile. Relatório do Painel, 16 maio 2005. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm

OMC. **Disputa DS31**: Brasil - Medidas de salvaguarda sobre produtos siderúrgicos. Relatório do Painel, 15 dez. 1998. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds31_e.htm

OMC. **Disputa DS353**: União Europeia - Medidas de Apoio à Indústria de Açúcar. Relatório do Painel, 2 abr. 2007. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds353_e.htm

OMC. **Disputa DS363**: China - Medidas Relacionadas à Proteção de Direitos de Propriedade Intelectual. Relatório do Painel, 16 dez. 2009. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds363_e.htm

OMC. **Disputa DS367**: Estados Unidos - Regime de subsídios à exportação sobre produtos agrícolas. Relatório do Painel, 29 jun. 2009. Disponível em:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds367_e.htm

OMC. **Disputa DS375**: Comunidade Europeia - Medidas que afetam a importação de aves de capoeira desossadas dos Estados Unidos. Relatório do Painel, 14 abr. 2009. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds375_e.htm

OMC. **Disputa DS58**: Japão - Medidas relativas ao sector audiovisual. Relatório do Painel, 22 nov. 1996. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm

OMC. **Disputa DS8**: United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. Relatório do Painel, 6 nov. 1998. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds8_e.htm

OMC. **Disputas DS412 e DS426**: União Europeia - Medidas Antidumping sobre os Biodiesel de Origem dos Estados Unidos. Relatório do Painel, 16 fev. 2012. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm

OMC. **Disputa DS 139**: Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds139_e.htm

OMC. **Overview: a navigational guide**. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm1_e.htm

OMC. **The GATT years: from Havana to Marrakesh**. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm

OMC. **World Trade Report 2020**. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr20_e.htm

ORJI, Uchenna Jerome. A Comparative Review of the ECOWAS Data Protection Act. **Computer Law Review International**, vol. 17, no. 4, 2016, pp. 108-118. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.9785/cr-2016-0404/pdf>

PENG, Shin-Yi. Renegotiate the WTO Schedules of Commitments: Technological Development and Treaty Interpretation, **Cornell International Law Journal**: Vol. 45: No. 2, Article 3. 2012. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol45/iss2/3>

PINTO, Denis Fontes de Souza. **OCDE: uma visão brasileira**. Brasília: IRBr; FUNAG, 2000.

POLANYI, Karl. A grande Transformação: as origens da nossa época. **Editora Campus**, 2ª Ed, São Paulo. 2020.

POORE, Barbara S.; CHRISMAN, Nicholas R. Order from noise: Toward a social theory of geographic information. **Annals of the Association of American Geographers**, v. 96, n. 3, p. 508-523, 2006.

PRICEWATERHOUSECOOPERS (PwC): **Putting a value on data**. 2019. Disponível em: <https://www.pwc.co.uk/data-analytics/documents/putting-value-on-data.pdf>

RIBEIRO, Anna Carolina Mendonça Lemos; DOS SANTOS, Carlos Denner. Isso não é uma pirâmide: revisando o modelo clássico de dado, informação, conhecimento e sabedoria. **Ciência da Informação**, v. 49, n. 2, 2020.

RUOTOLO, Gianpaolo Maria. The EU data protection regime and the multilateral trading system: Where dream and day unite. **Quest Int Law**. vol 51, n. 6, pgs. 5-29, 2018.

Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/325499053_The_EU_data_protection_regime_and_the_multilateral_trading_system_Where_dream_and_day_unite

SADOWSKI, Jathan: When Data Is Capital: Datafication, Accumulation, and Extraction. **Big Data and Society**, vol. 6, issue 1. 2019. Disponível em:

<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951718820549>

SAVONA, Maria, The Value of Data: Towards a Framework to Redistribute It (October 2019). **SWPS**, 21. Disponível em:

<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951718820549>

SCHWARTZ, Paul M. The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures. In: **Harvard Law Review**, v. 126, p.1966-2009, maio 2013.

SCHWARTZ, Paul M.; PEIFER, Karl-Nikolaus. Transatlantic Data Privacy Law. In: **The Georgetown Law Journal**, v. 106, n. 115, p. 115-179, nov. 2017.

SHEIK, Shamaa. **AU Convention on Cyber Security and Personal Data Protection:**

Malabo Convention. 2023. Disponível em: <https://www.michalsons.com/blog/au-convention-on-cyber-security-and-personal-data-protection-malabo-convention/65281>

SHORT, James; TODD, Steve: What's your data worth? **MIT Sloan Management Review**, Spring. 2017. Disponível em: <https://sloanreview.mit.edu/article/whats-your-data-worth/>

SISTEMA INTEGRADO DE COMÉRCIO EXTERIOR (SISCOMEX). **Solução de Controvérsias da OMC**. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2021/05/omc_solucao_controversias.pdf

SLOTIN, Jenna. **What Do We Know About the Value of Data? Global Partnership for Sustainable Development Data**, 2018. Disponível em: <http://www.data4sdgs.org/news/what-do-we-know-about-value-data>

STATISTICS CANADA: **Measuring the value of data, databases and data science**, Junho, 2019. Disponível em: <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/13-605-x/2019001/article/00008-eng.htm>

STELZER, Joana. **Direito do Comércio Internacional: do Free Trade ao Fair Trade**. Curitiba: Juruá, 2018.

SULLIVAN, Clare. EU GDPR or APEC CBPR? A comparative analysis of the approach of the EU and APEC to cross border data transfers and protection of personal data in the IoT era. **Computer Law & Security Review**, vol. 35, issue 4, pgs. 380-397. 2019. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S026736491930038X>

SULTANA, Saida; AKTER, Shahriar; KYRIAZIS, Elias; WAMBA, Samuel Fosso: Architecting and Developing Big Data-Driven Innovation (DDI) in the Digital Economy. **Journal of Global Information Management (JGIM)**, 29(3), 165-187. 2021. Disponível em: <https://www.igi-global.com/article/architecting-and-developing-big-data-driven-innovation-ddi-in-the-digital-economy/277187>

SUTHERLAND. Peter et al: **The future of the WTO: addressing institutional challenges in the new millennium**. [S.l.: s.n.], 2004. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/10anniv_e/future_wto_e.pdf

TANG, Chunlei: **Data Capital. How Data is Reinventing Capital for Globalization**. Springer International Publishing, 1ª ed., 2021. Disponível em: <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-030-60192-8>

THORSTENSEN, Vera: **Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

TREBILCOCK, M.; HOWSE, R.; ELIASON, A. **The Regulation of International Trade**. 4. ed. Abingdon: Routledge, 2013.

TREMATERRA, Claudia. **Right to privacy and personal data protection within WTO's digital trade policy framework**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Libera Università Internazionale degli Studi Sociali. Roma, Roma, 2020. Disponível em: <http://tesi.luiss.it/30017>

UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development). **Digital Economy Report 2021: Cross-border data flows and development: For whom the data flow**. Geneva:

United Nations. 2021. Disponível em: <https://unctad.org/publication/digital-economy-report-2021>

UNIÃO AFRICANA (UA). **Convenção da União Africana sobre cibersegurança e proteção de dados pessoais**. 2014. Disponível em: https://au.int/sites/default/files/treaties/29560-treaty-0048_-_african_union_convention_on_cyber_security_and_personal_data_protection_p.pdf

UNIÃO EUROPEIA (UE). Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (**Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados**). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/05/2016. Disponível em: <https://bit.ly/2JQGtKb>

VILLA, Ferdinando et al.: Semantics for interoperability of distributed data and models: Foundations for better-connected information. **F1000Research**, v. 6, p. 686, 2017.

VOON, T.: China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products. WT/DS363/R. **American Journal of International Law**. 2009;103(4):710-716. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/abs/chinameasures-affecting-trading-rights-and-distribution-services-for-certain-publications-and-audiovisual-entertainment-products-wtds363r/F43F166B104D0B509183F9A59881DA7B>

VOSS, W. Gregory. Cross-Border Data Flows, the GDPR, and Data Governance. 29 Wash. **Int'l L.J.** 485, 2020, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3629348>

WIEIRA, Keite. **O conceito velado de desenvolvimento na OMC e a decorrente fragilidade negocial dos países em desenvolvimento no âmbito da agricultura: uma análise de conteúdo de documentos oficiais e jurisprudências**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/226850>

WORLD SUMMIT ON THE INFORMATION SOCIETY (WSIS): **Data Localization and Barriers to Cross-Border Data Flows**. ITU International Telecommunication Union, 2017. Disponível em: <https://www.itu.int/net4/wsis/forum/2017/Agenda/Session/272#intro>

ANEXO A – Pirâmide DIK2

