

Conflitos entre regulações internas relativas à internet e o direito do comércio internacional: o papel da OMC perante o sistema de computação da nuvem*

Conflicts between internal regulations relating to the internet and international trade law: the WTO's role in the cloud computing system

Alice Rocha da Silva**

Filipe Rocha Martins Soares***

RESUMO

A OMC tem um papel importante no aprimoramento da governança dos mecanismos de computação na plataforma de comercialização de bens e serviços, de modo específico a nuvem cibernética. Ao impor medidas como a censura, normas de proteção de dados privados ou a exigência de licenças prévias para o funcionamento de empresas, governos costumam fundamentar suas decisões no imperativo de garantir a segurança pública e assegurar a defesa nacional. Os Estados geralmente optam por limitar os fluxos internacionais de dados ao promoverem esse tipo de regulação sobre a internet. Ocorre que, ao fazê-lo, podem acabar por sufocar a rede, uma vez que a economia que se desenvolveu em torno dela é baseada na movimentação de informações. Ademais, não é raro que se promovam medidas protecionistas camufladas, o que afronta as regras do comércio internacional.

Palavras-chave: OMC. Nuvem cibernética. Governança. Barreiras comerciais.

ABSTRACT

When imposing measures such as censorship, data protection laws or licensing requirements, governments tend to base those decisions on matters of law enforcement or national security. States usually choose the option of limiting the international flow of data when enforcing this sort of regulation over the internet. It so happens that, by behaving that way, they may end up choking the network, once the economic model developed around it is based on the information flows. Also, it not unusual that protectionist measures are camouflaged, what represents an affront to the rules of international trade. In that sense, it is worth investigating how the WTO can act so as to improve the governance of cloud computing mechanisms.

Keywords: WTO. Cybernetic cloud. Governance. Trade barriers.

* Autores convidados

** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, França. Mestre em Direito pelo Uniceub. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciencia Política e Relacoes Internacionais pela Universidade de Brasília. E-mail: rochaalice@yahoo.com.br

*** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Bacharel em direito pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Servidor Público. E-mail: filipe.soares@protonmail.ch

1. INTRODUÇÃO

O direito da Organização Mundial do Comércio (OMC) advém de uma série de acordos firmados no âmbito da instituição, cujo principal escopo é a liberalização do comércio internacional. As decisões dos painéis e dos órgãos de apelação estabelecem princípios, regras e métodos de interpretação deste Direito, ao passo que sua evolução é impulsionada por entendimentos entre todos os membros, por acordos multilaterais e pelas normas negociadas no momento em que novos países aderem à organização¹.

O GATT (do inglês General Agreement on Tariffs and Trade) e o GATS (do inglês The General Agreement on Trade in Services) regulam, respectivamente, o comércio de bens e de serviços. Ambos os acordos refletem os cânones do Direito da OMC: o Tratamento Nacional e a cláusula da Nação Mais Favorecida. Além disso, os dois textos contribuem para o equacionamento de eventuais desacordos entre regulações nacionais e as regras do comércio internacional. Tal conflito, no que se refere ao comércio de bens e serviços na internet e aos fluxos internacionais de dados cibernéticos, é o objeto deste artigo.

O artigo XI do GATT estabelece que não haverá restrições ao comércio “além de impostos, taxas ou outros encargos”, inobstante o método pelo qual se efetivem tais limitações – “seja por quotas, licenças de importação ou exportação ou por outras medidas”². Já o artigo XVII do GATS estatui, inequivocamente, a regra do tratamento nacional: os integrantes da OMC assegurarão a prestadores de serviços de outros membros “tratamento não menos favorável que o oferecido aos seus próprios serviços e fornecedores de serviço equivalentes”³.

1 Sobre o tema OSAKWE assevera: “Real Market access improvements in the WTO have resulted from accession negotiations. [...] The Organization has been able to update its rules steadily but quietly through the accession negotiations”. OSAKWE, C. Future of the Multilateral Trading System: Why the Wto Remains Indispensable? *Asian Journal of Wto & International Health Law and Policy*, v. 10, n. 1, p. 1–25, 2015. at. p. 22.

2 Tradução Nossa. Texto original: “No prohibitions or restrictions other than duties, taxes or other charges, whether made effective through quotas, import or export licences or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale for export of any product destined for the territory of any other contracting party”.

3 Tradução nossa. Texto parcial do artigo: “In the sectors inscribed

Ambos os acordos, porém, trazem exceções à regra geral de liberalização. Trata-se de situações em que, por razões atinentes à segurança nacional ou à ordem pública, as normas internacionais capitulam perante o Direito interno. Nesse sentido, redigiram-se o artigo XX do GATT e o artigo XIV do GATS. Nos dois casos, prevê-se que a moral e a ordem pública podem ser invocadas como subterfúgios para a não-aplicação do Direito da OMC. O mesmo artigo XX do GATT e o artigo VI do GATS, contudo, determinam que a regulação local não seja imposta de forma arbitrária, injustificável, desarrazoada ou tendenciosa.

Com a internet, desenvolveu-se um novo entreposto que é, concomitantemente, uma plataforma de comercialização de bens e serviços, e um serviço em si mesma: a nuvem cibernética. Servidores de informática espalhados pelos mais diversos locais distribuem conteúdos e alojam dados cuja guarda lhes é confiada. A redução de custos decorrente da possibilidade de oferecer bens e serviços a todo o planeta sem a necessidade de presença física em múltiplas sedes é a principal atratividade da nuvem. Por ela, distribui-se vasta gama de produtos, como softwares, jogos eletrônicos, livros digitais, e serviços que possam ser oferecidos remotamente. Ao mesmo tempo, é comum que se contratem espaços em servidores fisicamente situados em outros países para alojar dados produzidos por clientes de empresas atuantes tanto no mundo físico como exclusivamente no âmbito cibernético.

O instituto estatal de padrões e tecnologia dos Estados Unidos (*National Institute of Standards and Technology* - NIST⁴) formulou uma definição de “computação na nuvem” amplamente aceita pela doutrina:

Computação na nuvem é um modelo apto a possibilitar acesso em rede ubíquo, conveniente e sob demanda a um pool de recursos de computação configuráveis (redes, servidores, alojamento, aplicações e serviços, por exemplo) que podem ser rapidamente provisionados e liberados com o mínimo esforço gerencial ou interação com o provedor do serviço⁵

in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers”.

4 O órgão homólogo ao NIST, no Brasil, é o Inmetro.

5 No original: “Cloud computing is a model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage,

O NIST aponta, ainda, cinco características essenciais ao modelo: o autoatendimento sob demanda do cliente; a ampla acessibilidade da rede; o agrupamento de recursos computacionais para atender a múltiplos consumidores simultaneamente; a possibilidade de aumentos em escala dos serviços oferecidos sem a necessidade de ajustes bruscos; a interação com o consumidor de modo a otimizar os recursos disponibilizados conforme o seu interesse.

Um exemplo simples pode auxiliar o leitor leigo a compreender o funcionamento da nuvem: o *Google*. Os diversos produtos e serviços oferecidos pela empresa estadunidense estão permanentemente disponíveis ao consumidor; os servidores da companhia estão espalhados em diferentes locais do mundo, com o intuito de atender a múltiplas demandas simultaneamente e a potenciais aumentos súbitos de requisições sem interrupção dos serviços. Ademais, o *Google* monitora os hábitos de seus clientes com o fim de aprimorar, tanto em tempo real como no longo prazo, a qualidade dos recursos oferecidos. A contrapartida que a empresa obtém decorre igualmente deste monitoramento: os dados privados de seus clientes são utilizados, dentre outros fins, para a elaboração de publicidade personalizada.

A rápida expansão da nuvem, na condição de plataforma e de serviço, não tem ocorrido sem provocar alvoroço na disciplina dos fluxos internacionais de dados. Se a preocupação dos governos, anteriormente, era a garantia da segurança e do acesso, em caso de necessidade, a dados bancários ou a registros telefônicos (por exemplo) produzidos por seus cidadãos, mas alojados em outro país, a nuvem aumenta sobremaneira as interações necessárias. Do mesmo modo, regimes autoritários veem tolhida sua capacidade de controlar as informações – tanto dados privados quanto conteúdos jornalísticos ou propagandísticos – que entram e saem de suas fronteiras.

Com o modelo de distribuição em nuvem, o fluxo dos dados se torna mais rápido, volumoso e difícil de monitorar. Os conteúdos na internet não se deslocam de maneira retilínea; ao contrário, atendem a complicados padrões que dependem da arquitetura da rede e

são pautados principalmente pela economia de custos. Assim, uma informação produzida em um determinado país pode passar por múltiplos territórios antes de atingir seu destino final – um servidor situado em outro local. Nesse sentido, aduz que:

A geografia e a territorialidade [...] tornaram-se menos importantes do ponto de vista negocial e tecnológico. Muitas companhias estruturam suas operações com base em linhas de negócios ao invés de critérios geográficos, e a tecnologia permite a transferência de dados pessoas sem considerar fronteiras nacionais.” (Tradução nossa, com adaptações ao texto original)⁶.

Esta revolução possibilitou o surgimento de uma infinidade de novos modelos de negócios, reduziu custos – no que propiciou oportunidades de crescimento a outrora pequenas startups – e permitiu o acesso a produtos, serviços e informações a pessoas isoladas nos mais recônditos locais do planeta. No entanto, despertou reações de governos que, pela primeira vez, viram-se alijados do controle sobre o fluxo internacional de dados.

A resposta da maioria dos Estados tem consistido na busca por maior inserção de mecanismos de controle sobre o domínio cibernético. Tal processo encontra-se em período de expansão, sob o estímulo de fenômenos que favorecem a desconfiança entre os países, como a espionagem internacional e a elaboração, em nível local, de rigorosas normas de proteção de dados – o que dificulta o compartilhamento. O problema manifesta-se por meio de regulações nacionais elaboradas com o intuito de ampliar o poder do Estado sobre a internet e a nuvem cibernética, mas que, por causa da ubiquidade destas inovações, atingem diretamente a dinâmica do fluxo internacional de dados. Ademais, não se descarta que razões mais prosaicas motivem as limitações à internet, como o interesse em proteger empresas locais da concorrência externa.

A despeito da motivação, é possível que, em determinadas circunstâncias, as normas locais afrontem o Direito da OMC. Outrossim, têm o condão de desvirtuar a internet, por duas razões. A primeira é que a rede mundial de computadores tem como premissa básica o

applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction” (Tradução Nossa) MELL, P.; GRANCE, T. *The NIST definition of cloud computing* NIST Special Publication. Disponível em: <<http://www.mendeley.com/research/the-nist-definition-about-cloud-computing/>>. At. p. 6.

6 Do original: “... geography and territoriality [...] have become less important from the business and technological points of view. Many companies structure their operations based on lines of business rather than geography, and technology allows the transfer of personal data without regard to national boundaries.” KUNER, C. Regulation of Transborder Data Flows under Data Protection and Privacy Law : Past , Present , and Future. *OECD Digital Economy Papers*, n. 187, 2011. p. 12.

livre fluxo de informações e o amplo acesso. As restrições encaminham o cenário para uma balcanização da rede, cuja manifestação mais extrema – e indesejável – produziria uma versão própria da internet por país.

O segundo motivo é o fato de a internet ser caracterizada pela sua governança difusa, compartilhada entre governos, empresas, consumidores e instituições privadas sem fins lucrativos. O fortalecimento de um modelo gestado por órgãos estatais pode repelir os demais atores e reproduzir, na internet, as tensões e disputas entre os países, o que, novamente, levaria à fragmentação da rede.

Ao estabelecer parâmetros para que os Estados imponham normas locais em detrimento dos acordos internacionais, o Direito da OMC pode ser uma ferramenta útil no sentido de evitar a balcanização da internet. À medida que a organização se abre para agentes não-estatais, ela também tem o potencial de tornar-se foro de rediscussão do sistema de governança global da internet.

2. A TENSÃO ENTRE REGULAÇÕES LOCAIS E O COMÉRCIO INTERNACIONAL

Pode-se destacar duas dificuldades que se apresentam perante os reguladores estatais no tocante à internet. A primeira é a possibilidade de o usuário tornar-se anônimo no ambiente virtual. Por um lado, isso permite que cidadãos se esquivem de censura ou perseguição política em regimes ditatoriais. Por outro, cria facilidades para o cometimento de crimes cibernéticos.

Em ambos os casos, interessa aos Estados – autoritários ou democráticos – controlar de modo mais assertivo a internet. Um dos caminhos de que dispõem é a criação de filtros a determinados conteúdos, os quais, eventualmente extremados, confundem-se com censura. Nesse sentido, do mesmo modo que um cidadão chinês é incapaz de encontrar referências ao Falun Gong nos buscadores da internet – prática proscrita pelo regime daquele país –, um francês tampouco consegue acesso a determinados sites de leilão de produtos de memória nazista⁷.

7 Sobre o tema, é interessante a análise do caso: LICRA ET UEJF CONTRE YAHOO! Inc. et YAHOO FRANCE. A decisão da corte francesa está disponível em: <<http://www.lapres.net/yahfr.html>>. Acesso em 17 dez. 2016.

No entanto, a mesma tecnologia que possibilita o anonimato permite, em condições normais, que o usuário, sub-repticiamente, altere sua localização. Vislumbra-se, então, outras duas alternativas para os órgãos estatais; ambas, porém, drásticas.

O regime chinês desenvolveu algo que se aproxima muito de uma versão própria da internet, com o uso de tecnologias que inviabilizam o anonimato e garantem a imposição de filtros⁸. Já nos Estados Unidos, recentemente, o *Federal Bureau of Investigations* (FBI) obteve poderes para utilizar recursos avançados de invasão a sistemas de informática quando se percebe a aparência de que o alvo de determinada ação pretende camuflar sua verdadeira localização, estando o usuário, ao final, em território estadunidense ou não⁹.

Trata-se, no primeiro caso, de rigorosa limitação às liberdades individuais e, no segundo, de projeção extraterritorial de normas e da jurisdição local, potencialmente atentatórias ao Direito Internacional. Note-se, então, que são escassas e, porventura, tortuosas as opções de que os Estados dispõem para imposição de sua ordem pública no domínio cibernético. O fato é agravado pelos empecilhos ao acesso a dados, mesmo quando é possível individualizar e localizar determinado usuário.

Neste ponto reside a segunda dificuldade com que se deparam os reguladores estatais: o conflito entre normas internas de proteção de dados e o interesse de acesso, por outros Estados, a informações. O problema é uma decorrência da estrutura da nuvem cibernética, mas já existia, conforme se aludiu acima, relativamente, por exemplo, ao acesso a dados bancários no âmbito de investigações criminais. O fato é apenas agravado porque, ao invés de envolver, normalmente, apenas duas jurisdições (a do país interessado e a do Estado onde estão armazenadas as informações), devido à arquitetura da internet, múltiplas nações podem ter interesse em aplicar suas leis com base em diferentes critérios – territorialidade objetiva, nacionalidade passiva, princípio da segurança nacional ou local onde se percebam os efeitos de determinada ação. Além disso, a estrutura de informações entre empresas e usuários é assimétrica: estes

8 Internamente, as autoridades chinesas referem-se ao projeto como “Golden Shield”. No exterior, pejorativamente, e em alusão à muralha da China, ele é conhecido como “Great Firewall of China”.

9 A alteração, que atribui poderes de investigação extraterritoriais ao FBI, passou a vigorar a partir de 1º de dezembro de 2016. Trata-se de mudança nas “regras federais de processo penal”.

normalmente sequer sabem onde suas informações estão armazenadas.

Normas de proteção de dados tendem a dificultar o acesso por outros Estados a informações que a estes interessam. Ocorre que uma informação produzida em um país, se armazenada em outro, estará sujeita às regras de proteção deste, ainda que seja de grande relevância para investigações criminais, por exemplo, naquele. A dificuldade que se impõe aos fluxos internacionais de dados, nestes casos, é justificada tanto pela aspiração de garantia de maior privacidade aos cidadãos contra ações de governos e empresas estrangeiros quanto pelo interesse dos países onde as informações estiverem alojadas de acessá-las em caráter exclusivo. No caso de persecução penal, não havendo acordo bilateral de assistência judiciária mútua, o país onde o dado gere efeitos pode não ser capaz de acessá-lo.

Os Estados têm reagido a este fenômeno de duas maneiras: ora tentam projetar suas normas para além de seu território, ora restringem a saída de dados do país (ou seja, limitam os fluxos).

Os casos de tentativa de projeção extraterritorial de normas são múltiplos, e o Brasil não é exceção neste cenário. Já se registraram imbróglios entre o poder judiciário brasileiro e a rede social Facebook¹⁰, o aplicativo Whatsapp¹¹ e a plataforma de vídeos Youtube¹², apenas para citar alguns exemplos. Em todas as situações, o poder público nacional almejava o acesso a dados ou o cumprimento de ordens judiciais que colidiam com o direito estrangeiro, no que dizia respeito à proteção de informações ou à liberdade de expressão.

O Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/2014) prevê, expressamente, em seu artigo 11, a aplicação do Direito brasileiro sobre situações em que dados tenham sido produzidos ou processados em território nacional, ainda que estejam alojados em outros países. A norma colide com regras de proteção estrangeiras, e, portanto,

está longe de ser uma solução ideal para a disciplina dos fluxos de dados¹³.

Além da tentativa de projeção extraterritorial do Direito interno, a regulação estatal pode limitar os fluxos de informações pela restrição dos países aos quais é possível remeter dados cibernéticos – como o faz a União Europeia –; pela imposição de padrões rigorosos para o compartilhamento; pela exigência de licenças para atuar em determinado país e captar dados de seus cidadãos; ou por regras de localização. Neste caso, as empresas seriam obrigadas a manter suas centrais de processamento e armazenamento de dados (conhecidas como *Data Centers*) dentro do território do país onde ocorre a captura.

Após o início das revelações, em 2013, sobre a amplitude dos programas de espionagem estadunidenses¹⁴, China, Irã e Rússia já elaboraram leis de nacionalização forçada de *data centers*. Conseguem, assim, cumprir o citado duplo propósito: evitam o acesso aos dados de seus cidadãos por outros governos e, ao mesmo tempo, garantem a imposição de suas normas quando lhes interessar a obtenção dos dados contidos em servidores situados em seu território.

Existe uma linha muito tênue entre o que seriam interesses legítimos e medidas que representariam barreiras comerciais injustificáveis por trás de regulações como as descritas acima; por essa razão, é difícil determinar, em alguns casos, qual a real motivação das autoridades públicas.

Em relação à censura, reconhece-se que se trata de forma de expressão da ordem pública, não apenas em locais de tradição autoritária, pois, conforme se viu, a França proíbe a venda online de objetos alusivos ao ideário nazista, e o Brasil limita a divulgação de vídeos que atentem contra a honra das pessoas, mesmo que,

13 Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/2014). Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

14 Em junho de 2013, Edward Snowden, que fora prestador de serviços a agências de Inteligência estadunidenses, deu início a uma série de vazamentos de documentos que obtivera principalmente no período em que trabalhou para a National Security Agency (NSA). As revelações de Snowden representam, provavelmente, o maior vazamento de informações sigilosas em toda a história.

10 Justiça do AM bloqueia R\$ 38 milhões do Facebook por não liberar dados. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2016/07/mpf-am-bloqueia-r-38-milhoes-do-facebook-por-nao-liberar-dados.html>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

11 WhatsApp: Justiça do RJ manda bloquear aplicativo em todo o Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-deve-ser-bloqueado-decide-justica-do-rio.html>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

12 Justiça solicita bloqueio de site YouTube por veicular vídeo de Cicarelli. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u21292.shtml>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

para tal, restrinja a liberdade de expressão. Contudo, a censura pode ser, também, uma forma velada de repelir concorrentes estrangeiros.

As investidas do governo chinês contra o *Google*¹⁵, por exemplo, fizeram que a empresa desistisse da maior parte de suas operações no país. Ao mesmo tempo, possibilitaram o vertiginoso crescimento de ferramenta de busca concorrente, o *Baidu*, pertencente a uma companhia local. estimam que “caso se imponha a um site que se mantenha fora de serviço por sete dias, ocorrerá um impacto em sua receita equivalente a 2% do faturamento anual. Em um mercado com margens estreitas, duas semanas de bloqueio são suficientes para erradicar todo o lucro anual¹⁶”. Tal fato ocorreria justamente porque, após algum tempo, os consumidores buscariam produtos alternativos para suprir a ausência – ainda que temporária – do fornecedor excluído.

Na mesma linha do que se expôs até o momento, assevera que:

Com relação ao aumentado nível de medidas adotadas domesticamente para proteger interesses públicos chave, como privacidade e segurança nacional, tem havido um amplo reconhecimento de que alguns deles podem ser legítimos e completamente justificáveis. Também é claro, no entanto, que outras medidas inibem o comércio digital indevidamente. Infelizmente, os Estados ainda estão tentando descobrir quais os níveis apropriados de proteção e qual o equilíbrio entre objetivos discrepantes, como a inovação do mercado e a proteção à privacidade, e ainda não há uma abordagem bem definida nem internamente e tampouco internacionalmente para a resolução destes dilemas da era digital.¹⁷ (Tradução Nossa)

15 Durante todo o imbróglio, o governo chinês manteve a alegação de que seu principal interesse seria acessar informações de dissidentes políticos cujos dados encontravam-se na nuvem cibernética administrada pelo Google. Na maioria das situações, a empresa recusou-se a fornecer os dados.

16 ERIXON, F.; HINDLEY, B.; LEE-MAKIYAMA, H. *Protectionism Online: Internet Censorship and International Trade Law*. Disponível em: <[http://62.58.77.233/library/files/Brian and Hosuk_EN_071109_ECIPE_Protectionism Online Internet Censorship and International Trade Law.pdf](http://62.58.77.233/library/files/Brian%20and%20Hosuk_EN_071109_ECIPE_Protectionism%20Online%20Internet%20Censorship%20and%20International%20Trade%20Law.pdf)>. p. 6. Tradução nossa Texto original: “If a web site is taken out of service for seven days, it will have an impact on revenue equivalent to 2% of total annual turnover. In a developing, low-margin market, a couple of weeks of blockage are enough to eradicate the entire annual profit”.

17 BURRI, M. The international economic law framework for digital trade. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, v. 135, n. 2, p. 10–72, 2015. p. 50. Do original: With regard to the increased level of measures adopted domestically to protect key public interests, such as privacy and national security, there has been a broad recognition that some of them may be legitimate and fully justified. It is also clear, however, that others inhibit digital trade unduly. It is unfortunate that nation states are still in the process of figuring out the appropri-

Logo, é difícil estabelecer, ao certo, qual o equilíbrio entre o autêntico interesse de defesa da ordem pública – desprovido-se de juízo de valor quanto a diferenças entre os regimes de governo adotados pelos países – e potenciais empecilhos ao comércio internacional. A formulação de uma regra geral que abranja todos os possíveis casos e esteja apta a diferenciar os fenômenos parece impossível; ao invés disso, a análise casuística das regulações é capaz de melhor elucidar o problema, na busca por sutilezas que mascarem barreiras ao comércio.

Ao se analisarem situações específicas, pode-se observar que a censura, eventualmente, é uma barreira velada. Os atritos entre o *Google* e o governo chinês, conforme exposto, possibilitaram o crescimento do concorrente local. A projeção extraterritorial de normas pode ser, igualmente, uma maneira de obtenção de ganhos comerciais indevidos. Ao se atribuírem poderes extraterritoriais aos órgãos investigativos – como o fizeram os Estados Unidos – cria-se a possibilidade de o aparato de Inteligência estatal ser empregado com o fim de obter informações privilegiadas sobre os processos produtivos de empresas sediadas em outros países¹⁸. Do mesmo modo, rigorosas normas locais de proteção de dados têm o condão de criar dificuldades para o acesso de empresas a mercados.¹⁹

O modelo de negócios encetado pela nuvem é, então, ameaçado por normas locais de restrição de fluxos, decorrentes do interesse declarado de proteção de dados. Em um relatório elaborado por sua assessoria jurídica, o resumo o problema nos seguintes termos: “a informação é a moeda da Internet e da economia de inovações. O poder e a habilidade da internet de prover

ate levels of protection and the balance between conflicting objectives, such as market innovation and protection of privacy, and there is yet no clear-cut approach even within nation states and much less so internationally on the appropriate approach to solving these dilemmas of the digital age.

18 Sobre o tema: LIMA, H. A. V.; CUNHA, N. M. R. O problema da espionagem econômica internacional: seria a Organização Mundial do Comércio o foro adequado para sua apreciação? *Revista Brasileira de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 5–18, 2014.

19 Nesse sentido BERRY, R.; REISMAN, M. Policy Challenges of Cross-Border Cloud Computing. *Journal of International Commerce*, v. 4, n. 2, p. 1–38, 2012. p. 13. “Cloud providers must ensure that data storage and processing complies with laws in all relevant jurisdictions, and this can become even more complicated when data are stored and processed globally, not just in the cloud provider’s home country or the customer’s home country. In some cases, this complexity may limit a provider’s ability to do business in multiple markets.”

benefícios, inclusive para o sistema de comércio internacional, depende do livre fluxo de informações através de toda a rede global”²⁰.

Ao desconsiderar fronteiras nacionais e privilegiar a redução de custos, a metodologia de distribuição e armazenamento de conteúdos descentralizada é gravemente prejudicada por normas que restringem os fluxos de informações. Isso obriga as empresas a reorganizarem todo o processo produtivo, a incorrerem em gastos para o estabelecimento de *data centers* em várias jurisdições e para se adaptarem às especificidades dos diferentes ordenamentos jurídicos. Embora a motivação destas regulações nem sempre seja a imposição de barreiras comerciais, estas acabam por se tornar uma consequência, sobretudo se consideradas pequenas empresas, para as quais os custos inviabilizariam as operações em determinados países.

A mais drástica de todas as regulações restritivas é, sem dúvidas, a imposição de normas de localização de *Data Centers*. Em um hipotético cenário no qual todos os países as adotassem, as empresas teriam de incorrer em enormes custos para instalação de uma central de processamento de dados por país. Esse tipo de norma repele investidores estrangeiros – exceto em locais com mercados consumidores importantes – e tolhe a inovação.

3. O DIREITO DA OMC APLICÁVEL ÀS REGULAÇÕES LOCAIS SOBRE COMPUTAÇÃO NA NUVEM

Regulações estatais não são construídas em ambientes neutros. Ao contrário, resultam de múltiplas pressões: dos cidadãos, de autoridades e órgãos públicos, da sociedade civil organizada, do setor privado interno, de investidores estrangeiros e da comunidade internacional.²¹

20 GOOGLE. Enabling Trade in the Era of Information Technologies: Breaking Down Barriers to the Free Flow of Information. Internet World, p. 1–25, 2010. Texto original: “information is the currency of the Internet and the innovation economy. The Internet’s power and ability to deliver benefits, including to the international trading system, depends on the free flow of information across the entire global network”.

21 OGUS, A. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 117. “Regulatory rule-making often gives rise to what has been described as the ‘polycentric problem’:

Não é raro, entretanto, que aconteça o fenômeno da captura regulatória: normas estatais passam a ser elaboradas para atender majoritariamente a interesses de grupos privados imbuídos de grande poder de pressão. Neste contexto, eclodem regulações que repelem concorrentes estrangeiros em benefício de produtores nacionais. O fenômeno, embora antigo, é particularizado em relação à nuvem porque, em decorrência de sua construção dispersa, é fácil camuflar uma barreira sob o argumento da proteção à privacidade ou à segurança nacional, conforme já se explicou acima.

É na diferenciação entre a segurança e o protecionismo que se destaca o papel da OMC. A já defendida abordagem casuística do problema, por exemplo, é beneficiada pela existência de uma sistemática muito bem estabelecida de solução de controvérsias.

O Direito da OMC também provê métodos para prevenir a imposição arbitrária da regulação interna em detrimento do comércio internacional. Além das regras de Tratamento Nacional e Nação Mais Favorecida, e das regras apresentadas na introdução a este artigo, preveem-se medidas que visam a evitar o recurso ao argumento de defesa da ordem pública em caráter reiterado e, amiúde, desnecessário.

A nota de rodapé nº 5 do GATS, por exemplo, é bastante lembrada pela doutrina: “A exceção de ordem pública pode ser invocada apenas quando uma ameaça genuína e suficientemente séria se apresenta perante um dos interesses fundamentais da sociedade”²². Nota-se a tentativa de se estabelecerem critérios para a restrição ao comércio fundada na ordem pública. O problema é que os parâmetros são abstratos (“ameaça genuína e suficientemente séria”); logo, não se prescinde da análise casuística.

Os já citados artigos XIV do GATS e XX do GATT revestem-se do mesmo espírito, ao rechaçar regulações que constituam “diferenciação arbitrária ou injustificável entre países onde condições análogas prevaleçam”²³.

issues cannot be resolved independently and sequentially; they are, rather, interdependent, and a choice from one set of alternatives has implications for preferences within other sets of alternatives. The decision-maker must take into account the whole network before she can reach a single decision.”

22 Do original: “the public order exception may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society”.

23 Os textos são praticamente idênticos. Fragmentos originais: GATS, Article XIV – “Subject to the requirement that such measures

Decisões de painéis e de órgãos de apelação já reforçaram tais regras, no sentido de atribuir ao país que impôs determinada regulação a necessidade de justificá-la e de demonstrar que as normas internas atendem aos cânones do Direito da OMC. No caso *Gambling*, por exemplo, entre os Estados Unidos e o arquipélago de Antigua e Barbuda, embora, ao final, o órgão de apelação tenha tolerado a filtragem de conteúdos online, determinou-se que restrições à neutralidade da rede teriam de ser justificadas pelos Estados Unidos e que não poderia haver diferenciação entre fornecedores locais e estrangeiros.

Além da imposição de filtros, outra forma que os países encontram para camuflar medidas protecionistas é a exigência de licenças prévias ao acesso a mercados por fornecedores estrangeiros. Os padrões estabelecidos serão de ser iguais para empresas nacionais e estrangeiras; contudo, ainda assim pode ser mais fácil para uma companhia adaptar-se localmente, ao passo que as firmas regionais podem, como expressão do fenômeno da captura regulatória, contribuir na formulação de normas que favoreçam seus processos produtivos específicos.

A OMC aparece, então, como importante instância para a garantia do funcionamento do modelo de computação em nuvem e de todas as vantagens que dele decorrem. Uma vez que se faz necessária a existência de acordos internacionais impositivos para, de algum modo, limita-se a discricionariedade que a soberania assegura às nações sobre seu direito interno, e dada a capilaridade da OMC, que hoje abrange a grande maioria dos países, a instituição desponta como o foro ideal. Logo, faz-se muito importante delinear com maior precisão as diferenças entre interesses estatais legítimos e o protecionismo comercial.

Também se defende a atualização das normas da OMC, para se adaptarem aos novos desafios. Tanto o GATT como o GATS foram idealizados em uma era pré-internet. Embora não sejam necessárias mudanças bruscas, sobretudo no GATT, dado seu caráter genera-

lista, o GATS poderia ser atualizado para abranger mais claramente os serviços de internet. A problemática é exposta por nos seguintes termos:

A maioria das regras do GATS apenas se aplicam a setores nos quais os membros tenham firmado compromissos liberalizantes e há incertezas quanto à aplicação destes compromissos a novos serviços online. Em contraste, todas as normas do GATT, como a NMF e o Tratamento Nacional aplicam-se a todos os bens, a despeito de suas determinações tarifárias, fazendo deste um conjunto de regras mais abrangente para a regulação do comércio online.²⁴

Existem dificuldades para definir determinadas categorias de produtos disponíveis na internet como bens ou serviços. O exemplo mais notório, novamente, são as ferramentas de busca. Se entendidas como bens, estão sujeitas ao GATT e, por conseguinte, aos princípios da OMC. Se consideradas serviços, gerarão obrigações liberalizantes apenas para os países que se comprometeram a fazê-lo e, pior, que entendam que as ferramentas de busca se enquadram em alguma das categorias delimitadas pelo GATS em 1994.

De forma utópica, tendo em vista ser uma mudança muito brusca, poderia ser defendida que a sistemática do GATS seja alterada para uma metodologia de adesão semelhante à do GATT.²⁵ Ao invés de listarem os setores com os quais se comprometem, os países excluiriam aqueles em relação aos quais não estariam dispostos a liberalizar o comércio. O consenso entre os membros autorizaria as medidas.

Uma fórmula interessante e mais genérica foi empregada, por exemplo, no acordo bilateral de livre comércio entre Estados Unidos e Coreia do Sul:

Em reconhecimento da importância do livre fluxo de informações na facilitação do comércio, e cientes da importância da proteção de informações pessoais, as partes devem esforçar-se no sentido de evitar a imposição ou manutenção de barreiras aos fluxos eletrônicos de informações além das fronteiras. (Tradução nossa)²⁶.

are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services". GATT, article XX: "Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade".

24 MELTZER, J. P. The Internet, Cross-Border Data Flows and International Trade. *Issues in Technology Innovation*, v. 22, p. 1–21, 2013. Do original: "most GATS rules only apply to sectors where Members have made liberalizing commitments and there is uncertainty about the application of these commitments to new online services. In contrast, all GATT rules such as the MFN and National Treatment commitments apply to all goods irrespective of their tariff bindings, making it a more comprehensive set of rules for regulating online trade".

25 WU, T. The World Trade Law of Censorship and Internet Filtering. *Chicago Journal of International Law*, v. 7, n. 1, p. 263–287, 2006.

26 Do original: "Recognizing the importance of the free flow of

Embora ainda se trate de um compromisso vago, desprovido de sanção decorrente do descumprimento, nota-se um caminho para o avanço da matéria, de uma maneira com a qual a maioria dos países poderia aquiescer. Logo, a proposição de fórmula semelhante no âmbito da OMC poderia gerar resultados positivos.

Um último ponto a se destacar é a possível contribuição da OMC à governança da internet, à medida que a organização, concebida sob caráter exclusivamente estatal, abre-se para a participação de agentes privados. Vislumbra-se o futuro deste processo como um movimento coordenado pelos Estados, mas com ampla participação dos atores não-estatais, dotados de capacidade para influenciar ativamente as decisões.²⁷

Existem diferentes estágios de participação de ONGs na OMC. Na fase de criação de normas, as ONGs podem atuar como instituições consultivas e cooperativas, enquanto relativamente à solução de controvérsias, tem-se aceitado sua intervenção na condição de *amici curiae*, o que, para a autora, “abre a possibilidade não apenas de ONGs atuarem no mecanismo de solução de controvérsias, mas também permitem a introdução de novas leituras dos acordos da OMC”.²⁸

Esse modelo pode ser estendido a todos os outros agentes envolvidos na governança da internet, com o fim de propiciar-lhes efetiva participação na formulação de regras que impeçam restrição ao livre fluxo de dados – ou, ao menos, que mitiguem essas limitações quando as regulações internas forem arbitrárias ou pouco razoáveis.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discricionariedade dos países para regular a internet deve ser pautada pelas normas do comércio inter-

information in facilitating trade, and acknowledging the importance of protecting personal information, the Parties shall endeavor to refrain from imposing or maintaining unnecessary barriers to electronic information flows across borders.” Korea-U.S. Free Trade Agreement [KORUS] art. 15.8 (Cross Border Information Flows), assinado em 1º jun. 2007. Disponível em: <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

27 Nesse sentido https://www.wto.org/french/forums_f/public_forum09_f/public_forum09_f.htm Acesso em: 04 abr. 2017.

28 SANCHEZ, M. R. Breves Considerações Sobre os Mecanismos de Participação para Ongs na Omc. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 4, n. 3, p. 102–125, 2006.

nacional. A internet é, em essência, uma rede global, em que as informações se deslocam em ritmo acelerado e difícil de controlar. O estabelecimento de limites aos fluxos de dados, portanto, pode desvirtuar o funcionamento e a estrutura da nuvem cibernética, convertendo-a em uma série de redes isoladas. É possível conjecturar acerca de um futuro, caso o processo não seja revertido, no qual se perderão muitas das inovações e dos benefícios a elas associados que derivam do modelo de computação na nuvem.

À medida que as regulações internas mascarem – mesmo que de forma não deliberada – as normas do comércio internacional, a OMC pode se afigurar como importante defesa do livre fluxo de dados. Logo, tal instituição tem um papel de grande importância na governança da internet – pode, e deve, ser mais frequentemente acionada por Estados ou, de algum modo, provocada por agentes privados, em oposição à balcanização da internet.

Os estudos, a partir desta constatação, devem centrar-se, de forma essencialmente jurídica e desprovida da influência de ideologias, no estabelecimento de limites claros, e tão concretos quanto possível, entre regulações formuladas com fins autênticos e toleradas pelo Direito da OMC, e barreiras disfarçadas ao comércio.

REFERÊNCIAS

BERRY, R.; REISMAN, M. Policy Challenges of Cross-Border Cloud Computing. *Journal of International Commerce*, v. 4, n. 2, p. 1–38, 2012.

BURRI, M. The international economic law framework for digital trade. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, v. 135, n. 2, p. 10–72, 2015.

ERIXON, F.; HINDLEY, B.; LEE-MAKIYAMA, H. *Protectionism Online: Internet Censorship and International Trade Law*. Disponível em: <http://62.58.77.233/library/files/Brian_and_Hosuk_EN_071109_ECIPE_Protectionism_Online_Internet_Censorship_and_International_Trade_Law.pdf>.

GOOGLE. Enabling Trade in the Era of Information Technologies: Breaking Down Barriers to the Free Flow of Information. *Internet World*, p. 1–25, 2010.

KUNER, C. Regulation of Transborder Data Flows under Data Protection and Privacy Law : Past , Present ,

- and Future. *OECD Digital Economy Papers*, n. 187, 2011.
- LIMA, H. A. V.; CUNHA, N. M. R. O problema da espionagem econômica internacional: seria a Organização Mundial do Comércio o foro adequado para sua apreciação? *Revista Brasileira de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 5–18, 2014.
- MELL, P.; GRANCE, T. *The NIST definition of cloud computing* NIST Special Publication. Disponível em: <<http://www.mendeley.com/research/the-nist-definition-about-cloud-computing/>>.
- MELTZER, J. P. The Internet, Cross-Border Data Flows and International Trade. *Issues in Technology Innovation*, v. 22, p. 1–21, 2013.
- OGUS, A. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004.
- OSAKWE, C. Future of the Multilateral Trading System: Why the Wto Remains Indispensable? *Asian Journal of Wto & International Health Law and Policy*, v. 10, n. 1, p. 1–25, 2015.
- SANCHEZ, M. R. Breves Considerações Sobre os Mecanismos de Participação para Ongs na Omc. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 4, n. 3, p. 102–125, 2006.
- WU, T. The World Trade Law of Censorship and Internet Filtering. *Chicago Journal of International Law*, v. 7, n. 1, p. 263–287, 2006.