

COMÉRCIO ELETRÔNICO NO ÂMBITO DA OMC: DESAFIOS À CONSTRUÇÃO DE UM MARCO REGULATÓRIO

Cynara de Barros Costa¹

64

RESUMO

As discussões para a construção de um tratado multilateral sobre comércio eletrônico já se arrastam há mais de vinte anos na Organização Mundial do Comércio (OMC) e ainda não chegaram a uma proposta concreta. Paralelamente, os países-membros da organização vêm, nos últimos cinco anos, costurando diversas convenções bilaterais ou regionais que promovem abordagens distintas e, por vezes, conflitantes. É o caso dos recentes acordos CPTPP e USMCA, além de vários PTAs firmados na região Ásia-Pacífico. O escopo do presente artigo é, através do método exploratório e da revisão bibliográfica, abordar o histórico do tema no âmbito da OMC, os principais desafios a esse acordo multilateral, e como as convenções mais recentes abordaram o assunto.

Palavras-chave: OMC, comércio eletrônico, regulação.

ABSTRACT

Discussions for the development of a multilateral e-commerce treaty have been going on for more than twenty years at the World Trade Organization (WTO) and have not yet reached a concrete proposal. At the same time, the organization's member countries have, over the past five years, been sewing various bilateral or regional conventions that promote different and sometimes conflicting approaches. This is the case with the recent CPTPP and USMCA agreements, in addition to several PTAs signed in the Asia-Pacific region. The scope of this article is, through the exploratory method and bibliographic review, to address the history of the topic within the scope of the WTO, the main challenges to this multilateral agreement, and how the most recent conventions addressed the subject.

Keywords: WTO, e-commerce, regulation.

1. INTRODUÇÃO

A revolução digital deste século promoveu transformações profundas na indústria e no comércio, seja pela digitalização de ramos tradicionais, como a produção de alimentos e vestuário, seja pela criação de novos produtos e serviços. O comércio eletrônico deixou de ser a novidade do século XXI para ser parte do dia a dia, e muitas coisas antes consumidas fisicamente, hoje o são eletronicamente. Às vezes, os bens e serviços continuam sendo físicos, mas a transação de compra e venda (além da transação financeira) se dá por meio eletrônico.

¹ Doutora e mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Universitária UEPB e UFCG. Advogada. Pesquisadora.

Nesse cenário, o comércio transfronteiriço foi fortemente impactado. As mudanças tecnológicas não apenas promovem novos modos de se transacionar internacionalmente (através de plataformas eletrônicas e blockchain, v.g.) como se alinham aos esforços de facilitação do comércio internacional (a exemplo das medidas para implantação de um comércio sem papel tratadas no recente Acordo TFA, da Organização Mundial do Comércio).

Apesar disso, o ambiente de negociações multilaterais em matéria de comércio e de revolução digital não é dos mais cordiais e existem muitas questões controversas que impedem costuras mais abrangentes. No âmbito da OMC, apesar da formação de um programa de trabalho há mais de 20 anos, ainda não existe um tratado específico sobre o tema, que é regulado de forma tangencial por diversos acordos da organização.

A ausência de um marco regulatório mais amplo e multilateral, porém, já afeta países, empresários e consumidores, que se veem perdidos na miríade normativa dos tratados da OMC, acordos regionais e convenções bilaterais, além da legislação interna dos países, o que, muitas vezes, gera lacunas ou conflitos normativos. As controvérsias giram em torno de temas como privacidade e fluxo de dados transfronteiriço, transparência e normas de propriedade intelectual, inclusão digital em países em desenvolvimento, dentre outras.

O objetivo desse artigo, então, é fazer uma revisão bibliográfica sobre o tema e apontar os principais entraves à proposição de um acordo sobre comércio eletrônico na OMC. Através do método exploratório, analisou-se o histórico do programa de trabalho da organização, as normas atualmente aplicáveis e as questões mais controversas que impedem o alcance de um marco regulatório.

2. BREVE HISTÓRICO DO PROGRAMA DE TRABALHO EM E-COMMERCE DA OMC

Desde a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1995, seus membros já atentavam para o crescimento do comércio eletrônico e a urgência do diálogo direcionado a um esforço multilateral de regulamentação. Assim, em 1998, durante a Segunda Conferência Ministerial, a organização elabora a Declaração sobre Comércio Eletrônico Global e institui um programa de trabalho, com o objetivo de examinar todas as questões econômicas e financeiras relacionadas e o seu impacto

sobre os países em desenvolvimento (WTO, 1998 p.1).

Com essa finalidade, o programa definiu comércio eletrônico como “*a produção, distribuição, marketing, venda ou entrega de bens e serviços por meio eletrônico*” (WTO, 1998 p.1) e designou quatro órgãos de sua estrutura para discutir o tema: o Conselho para o Comércio de Mercadorias, o Conselho para o Comércio de Bens, o Conselho para o TRIPS e o Comitê de Comércio e Desenvolvimento.

A partir daí, formaram-se quatro eixos setoriais direcionados a questões específicas e voltados à harmonização das discussões com as normativas da OMC. Até hoje, produziram-se diversos relatórios, mas nenhuma proposta normativa foi elaborada. Desde o lançamento do programa de trabalho, em 1998, até a Conferência Ministerial de Nairobi, em 2015, os debates, de fato, foram lentos e contraprodutivos. Segundo Ismail (2020, p.3), durante anos, discussões detalhadas sobre o comércio eletrônico estiveram completamente ausente de algumas reuniões dos órgãos da OMC e o nível mais baixo de atividade era no Conselho TRIPS, que raramente abordava essas questões ou incluía o Programa de Trabalho em sua agenda.

No entanto, numa das mais importantes reuniões, a 11ª Reunião Ministerial (MC11), no fim de 2017, 71 países-membros firmaram a primeira Declaração Conjunta sobre Comércio Eletrônico. Depois de um ano, o número de signatários cresceu para 76 e, em janeiro de 2019, em Davos, a segunda Declaração Conjunta anunciou a intenção de negociar sobre aspectos relacionados ao comércio eletrônico, com base nos acordos existentes da OMC, e levando em consideração as oportunidades e desafios únicos dos países em desenvolvimento, bem como das micro, pequenas e médias empresas (WTO, 2019 online).

Esperava-se que as conversas avançassem na 12ª Reunião Ministerial(MC12), que se realizaria em junho de 2020, mas foi adiada para 2021, devido à pandemia da Covid-19 que, paradoxalmente, colocou o tema sob todos os holofotes, tendo em vista a expansão do e-commerce durante a quarentena. Em muitas situações, o comércio eletrônico deixou de ser uma opção e passou a ser a única solução à manutenção das atividades econômicas, pois se mostrou essencial para atender à situação de emergência sanitária, já que muitos países tiveram que recorrer à importação de suprimentos médicos, medicamentos, material de higiene e equipamentos de proteção individual para os profissionais de saúde.

Antes da pandemia, de acordo com recente estudo conduzido pela CUTS

(*Consumer Unity & Trust Society*) International, até junho de 2019, já tinham sido firmados 84 tratados regionais com disposições sobre comércio eletrônico, seja em capítulo específico, seja em algum de seus artigos, e sessenta por cento deles entraram em vigor de 2014 em Diante (ISMAIL, 2020 p.4).

Com isso, por si, já se pode perceber a importância de tratativas multilaterais mais amplas. A complexidade das questões envolvidas, no entanto, é um dos grandes obstáculos na regulamentação do tema pela OMC, e o principal motivo de não haver nenhuma proposta concreta mesmo após 20 anos da formação do programa de trabalho.

Atualmente, é possível abrigar o comércio eletrônico na regulamentação já existente, mas essa solução não é satisfatória, já que os acordos não tratam da matéria de forma coordenada e, a depender da complexidade das operações, será necessário aplicar vários de forma simultânea.

Paralelamente ao programa de trabalho, há alguns anos, formou-se o chamado “grupo RGFS (*Really Good Friends of Service*), com 25 Estados- Membros da OMC (em sua maioria países desenvolvidos), com o intuito de negociar um Acordo de Comércio de Serviços (chamado de “TiSA” ou *Trade in Services Agreement*). Como tratado plurilateral, será vinculante apenas para os Estados signatários, mas ainda não se sabe se será possível aplicar a cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF).

O escopo do TiSA deve ser abrangente, com capítulos específicos para os serviços de TI e comércio eletrônico. Embora seu conteúdo e estrutura sejam atualmente negociados a portas fechadas, o esboço do capítulo sobre e-commerce foi vazado pelo Wikileaks. Até 2016, era possível inferir, a partir desses dados, que abrange nove disposições sobre fluxo de dados transfronteiriço, direito do consumidor e proteção de dados, neutralidade de rede, licenciamento de atividades de código aberto, proibição de requisitos de presença local e resolução de controvérsias (WEBER, 2015 p.8).

Como ainda é só um projeto, não se sabe qual a real abrangência do tema “comércio eletrônico”. Além disso, não vinculará todos os membros da OMC (só os signatários) e não será um tratado específico, então certamente não preencherá a lacuna normativa.

3. NORMAS APLICÁVEIS NO ÂMBITO DA OMC

Tendo em vista a ausência de normas específicas e os problemas apontados, a regulamentação das operações transfronteiriças por meio digital tem no GATS (*General Agreement on Trade in Services*) o seu principal arcabouço normativo no âmbito da OMC.

A maior parte das transações hoje classificadas como comércio eletrônico é abrangida pelo acordo e, para Ismail (2020 p.06), daí decorrem algumas desvantagens. A primeira seria a possibilidade de *opt-out* da cláusula da Nação Mais Favorecida, e a segunda seria uma espécie de “neutralidade tecnológica” do GATS. Nessa última, a autora aponta como problemática a classificação própria de categorias de serviços e modos de fornecimento. Para ela, isso permite que o GATS classifique de forma distinta “produtos digitais” e seus análogos físicos, como e-books e filmes para download. Ou seja, alguns produtos que seriam classificados como bens em sua forma física, são reclassificados como serviços em sua versão digital.

Frequentemente aplica-se também o acordo TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property), já que a forma de transmissão ou apresentação de um produto ou serviço (se físico ou virtual) não interfere no escopo do tratado. Ao contrário, grande parte do que é comercializado digitalmente é abarcado pelas normas de propriedade intelectual.

O acordo define padrões mínimos de direitos, mas os signatários podem estipular proteção mais ampla no âmbito nacional ou em acordos internacionais. Esses padrões são, em grande parte, estabelecidos nos tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e incorporados por referência ao Acordo TRIPS, tornando-os aplicáveis e exequíveis entre todos os Membros da OMC, mesmo que não sejam partes das convenções da OMPI. Ocorre que as negociações do TRIPS são significativamente anteriores à revolução da internet e seus membros não consideraram, a priori, os impactos das redes digitais globais (WUNSCH-VINCENT, 2004 online). Ainda há discussões sobre questões elementares como, p. ex., se o que é comercializado por meio eletrônico deveria ser regulado apenas no âmbito da propriedade intelectual e não mais receber a conflituosa classificação em “bem” ou “serviço” (KENDY, 2019 p.6).

Os Acordos sobre Tecnologia da Informação ou *Information Technology Agreement* (ITA e ITA II), abrangem produtos de tecnologia responsáveis pela

estrutura do comércio eletrônico, como computadores, softwares e equipamentos de telecomunicação (CAPUCIO, 2018 p.283), e também fazem parte dessa miríade normativa. Pelo primeiro acordo ITA, de 1997, os participantes se obrigaram a eliminar privilégios aduaneiros sobre os produtos especificados, com adoção da cláusula NMF, e a consequente expansão do benefício aos países não signatários.

Além deles, é cabível ainda o “TBT”, Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (*Agreement on Technical Barriers to Trade*), que abrange medidas, regulamentos e padrões aplicados às tecnologias da informação e comunicação (TIC) e produtos eletrônicos. Para Meltzer (2019 p.130), o acordo é muito importante porque parte de um esforço cooperativo para minimizar o impacto de padrões domésticos divergentes em fluxos de dados transfronteiriços e comércio de serviços digitais. Através dele, estabelecem-se padrões internacionais não obrigatórios, mas aprovados por órgão reconhecido pelos membros da OMC, tais como a Organização Internacional de Padrões (ISO) e a Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC). A partir daí, há o compromisso de que quando existirem padrões internacionais, estes serão utilizados em regulamentos técnicos nacionais nos países-membros, o que permite a superação de entraves ao comércio eletrônico.

Com efeito, superar barreiras à integração comercial é um dos principais objetivos da OMC. Por isso, outro tratado aplicável é o Acordo de Facilitação do Comércio (*Trade Facilitation Agreement* ou TFA), em vigor desde fevereiro de 2017. Por ele, seus membros devem implementar medidas que facilitem os processos de importação e exportação. O acordo estabelece cinco áreas-chave: transparência, formalidades, arranjo institucional e cooperação, comércio sem papel e comércio transfronteiriço sem papel. Em todas, a adoção de meios digitais é inevitável e deve ter grande impacto sobre bens e serviços eletrônicos.

Como se percebe, vários acordos da OMC em vigor são aplicáveis, em menor ou maior medida, ao comércio eletrônico. Apesar disso, várias questões demandam regulamentação própria, devido a lacunas normativas ou à complexidade de adaptação dessas normas à realidade digital.

4. PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS E OBSTÁCULOS À REGULAÇÃO

Com temas espinhosos, visões conflituosas e ausência de costuras multilaterais

mais amplas, no entanto, não será fácil construir esse marco regulatório. Adiante, tratar-se-á das principais discussões que envolvem o assunto.

4.1. Nomenclatura

A primeira controvérsia já se apresenta na nomenclatura. Apesar de a OMC, ao instituir o programa de trabalho em e-commerce, ter proposto uma definição para o termo, seus países-membros e outras organizações internacionais frequentemente também usam o conceito elaborado pela OCDE (2011 online), pelo qual:

70

Uma transação de comércio eletrônico é a compra ou venda de bens ou serviços, conduzida em redes de computadores por métodos especificamente concebidos com o propósito de recebimento ou colocação de pedidos. Os bens ou serviços são encomendados por esses métodos, mas o pagamento e a entrega final dos bens ou serviços não precisam ser realizados conectados. Uma transação de comércio eletrônico pode ser entre empresas, famílias, indivíduos, governos e outras organizações públicas ou privadas (OCDE, 2011 online).

Como se vê, a definição proposta pela OCDE é mais restritiva que a do programa de trabalho da OMC, pois exclui compras e vendas feitas fisicamente, mesmo que alguma etapa seja virtual, ou, ainda, transações virtuais não “executadas” por computador, como, p. ex., os pedidos por telefone ou por meio de redes sociais.

Além disso, há ainda a confusão entre os termos “comércio eletrônico” e “comércio digital”. Em 2017, ISMAIL (2019 p. 3), com base em seu trabalho na OCDE e na OMC, notaram haver, em comum, a ideia de que o comércio digital “abrange transações realizadas digitalmente no comércio de bens e serviços, que podem ser digital ou fisicamente entregues e que envolvem consumidores, empresas e governos”. A OCDE utilizou essa abordagem em sua nota “Comércio na Era Digital”, e acrescentou que comércio digital envolve transações entre empresas, inclusive dentro de cadeias de valor globais, bem como transações entre consumidores ou empresas por meio de plataformas online. Todas essas transações são sustentadas por dados, que seriam a força vital do comércio digital(OCDE, 2011 online).

E toda essa imprecisão terminológica também se dá a nível nacional. Por exemplo, o governo australiano define “comércio eletrônico” e “comércio digital” como sinônimos de comércio de bens e serviços através da Internet, incluindo a transmissão de informações e dados entre fronteiras. Já o governo norte- americano, refere-se a “comércio digital” e o define como: “A entrega de produtos e serviços pela Internet por empresas em qualquer setor da indústria e de produtos associados, como

smartphones e sensores conectados à Internet" (ISMAIL, 2019 p.3).

Apesar de a questão da nomenclatura parecer superficial, à primeira vista, ela pode ser determinante, principalmente diante da ausência de um marco regulatório, já que os diversos agentes envolvidos em operações comerciais podem estar sujeitos a regulações distintas, com previsões normativas cíveis e tributárias bastante diversas para situações equivalentes.

4.2. Tributação sobre transmissões eletrônicas e outras questões fiscais

71

Uma das primeiras decisões da OMC, já em 1998, foi o estabelecimento de uma moratória sobre direitos aduaneiros nas transmissões eletrônicas. Essa determinação foi renovada a cada dois anos até hoje, mas recentemente tem sido rediscutida, já que alguns países discordam dos seus termos: para uns, deveria ser renovada por um prazo mais longo; para outros, deveria ser extinta, tendo em vista que a amplitude e abrangência do *e-commerce* hoje são muito distintas de quando a medida foi proposta (ISMAIL, 2019 p.13).

Vários países em desenvolvimento alegam que os impactos da medida em seus mercados e em sua arrecadação são desconhecidos. Índia e África do Sul formularam uma proposta conjunta em 2018 que centrava suas discussões em quatro eixos: implicações da moratória na receita das transmissões eletrônicas; finalidade e conceito de "transmissões eletrônicas"; viabilidade técnica da imposição de tributos alfandegários; impacto da moratória sobre o comércio e industrialização e qualquer outra questão no que diz respeito à moratoria (WTO, 2019 online).

O documento traz discussões que vão da indefinição sobre o que seriam "transmissões eletrônicas" até a equidade da medida para os países em desenvolvimento. A exemplo, citam relatórios publicados pela OCDE sobre os desafios tributários da economia digital, incluindo o conceito de "Erosão da base tributária e da transferência de lucros" (*Base Erosion and Profit Shifting* ou "BEPS"), um conjunto de estratégias de evasão fiscal que exploram lacunas e incompatibilidades nas regras fiscais para artificialmente transferir os lucros para locais com baixa ou nenhuma carga tributária. O Facebook, v.g., obtém enormes lucros na Índia, onde está um número significativo de seus usuários, mas paga, comparativamente, poucos tributos.

Há, entre os países em desenvolvimento, um receio comum de que com a digitalização da indústria e o crescimento exponencial da economia digital, a moratória amplie as desigualdades. Para eles, ela terá um impacto negativo nos retardatários no processo de industrialização digital e também poderia minar as indústrias existentes, tendo em vista o importante papel extrafiscal da tributação, que pode ser usada como forma de proteção de indústrias domésticas nascentes em relação a concorrentes estrangeiros mais estabelecidos, até que tenham alcançado competitividade e escalado sua atividade.

Afora a discussão sobre a moratória, o comércio eletrônico também suscita debates sobre restrições fiscais como, por exemplo, a previsão de subsídios que afetam a competitividade em um mercado já bastante desigual como o das TIC; a adoção de barreiras tarifárias em regimes tributários notoriamente discriminatórios (CIURIAK; PTASHKINA, 2018 p.6)

4.3. Interesses dos países em desenvolvimento

No tópico acima, além da matéria tributária, evidenciou-se ainda outra questão essencial: os interesses dos países em desenvolvimento, que certamente não são os mesmos dos países desenvolvidos. Há diferenças essenciais no grau de desenvolvimento tecnológico, implantação da indústria 4.0, número de empresas na área de tecnologia (e percentual de participação no mercado global), acesso populacional à tecnologia e à internet, dentre outros.

De acordo com Suominen (2017 p.3), com base numa pesquisa do Banco Mundial, até 2017 somente uma pequena parcela dos empreendimentos nesses países se arriscou no comércio internacional. Por exemplo, os percentuais de participação da exportação nas receitas das empresas no Leste Asiático são de 10,4%; na América Latina, 12,4%; e na África Subsaariana, 9,8%. Uma das explicações está em que o comércio transfronteiriço tradicionalmente é impulsionado por um punhado de grandes empresas: na maioria dos países, os 5% maiores exportadores representam mais de 80% das exportações e a maioria dos novos exportadores (70%) não permanece como exportador por mais de um ano.

Na iniciativa conjunta sobre a rediscussão da moratória, Índia e África do Sul chamam atenção para o processo de digitalização das PMEs (pequenas e médias empresas) dos países em desenvolvimento e apontam um estudo de 2017 da

UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), segundo o qual as PMEs da China, EUA e Reino Unido capturaram cerca de 70% do mercado de comércio eletrônico transfronteiriço, enquanto as PMEs em países em desenvolvimento enfrentam enormes desafios, dados os baixos níveis de penetração de tecnologias como banda larga e fibra ótica e o fato de que apenas 5% da população usa plataformas de comércio eletrônico (WTO, 2019 p.5).

Talvez o desafio mais espinhoso para as PMEs, no entanto, seja a adoção de ferramentas de pagamento online. De acordo com o Banco Mundial, apenas 9% das pequenas empresas e 16% das médias em países de baixa renda vendem online. Os dados da pesquisa indicam que as empresas em países em desenvolvimento são impedidas de usar o comércio eletrônico pelos custos iniciais percebidos, pela incerteza de retorno do investimento e por preocupações quanto a falta de recursos para exportar (SUOMINEN, 2017 p.9).

De acordo com Indicadores de Desenvolvimento do Banco Mundial, na África Oriental, as taxas de adoção de banda larga são de meros 0,03% no Burundi, 0,28% no Quênia, 0,17% em Ruanda, 0,2% na Tanzânia e 0,32% em Uganda, em oposição a 44% na Suíça. Na África do Sul, 5,3% das pessoas têm banda larga, mas apenas 1,8 em Botswana, 1,7 na Namíbia, 1,1 no Zimbábue, e 0,1 em Moçambique (SUOMINEN, 2017 p.9).

Apesar desses dados, a digitalização do comércio é um caminho sem retorno e mesmo os negócios mais tradicionais e voltados a bens e serviços offlineterão que se adaptar. E isso envolve investimento público e privado em segurança digital, na formação de uma rede digital financeira (de suporte ao comércio eletrônico), na criação de infraestrutura para ampliar o acesso à internet (instalação de cabos, antenas, etc.), além de subsídios para redução do custo de acesso e dos problemas na qualidade e interrupção do serviço.

Além disso, os países em desenvolvimento ainda enfrentam desafios como a promoção de uma cultura de comércio digital, a falta de profissionais qualificados, a ausência de políticas públicas de promoção da economia e da inclusão digitais, os altos custos de uma estrutura digital e, por vezes, o alto custo dos produtos e serviços entregues por meio digital, quando comparados ao seu equivalente físico (KHAN, 2016 online).

4.4. Marcos regulatórios, interesse público e controle estatal

Na ausência do acordo multilateral no âmbito da OMC, a regulação docomércio eletrônico é feita por tratados bilaterais ou regionais e pela legislação local dos países - membros. Assim, é natural que ocorram conflitos normativos e diferentes percepções quanto ao interesse público e a possibilidade de controle estatal sobre diversos temas.

De acordo com Weber (op cit p.335), para regular o comércio eletrônico tem-se tornado comum a assinatura dos chamados Acordos de Comércio Preferencial, que estabelecem as *Preferential Trade Area* ou "PTA", Área de Comércio Preferencial (ACP), com capítulos específicos sobre comércio digital. O mesmo ocorre nos Acordos de Livre Comércio ("FTA" ou *Free Trade Agreement*). Somente na região da Ásia-Pacífico, até 2013, havia 75 PTAs em vigor e 107 em negociação (idem pg 335). Quanto aos FTAs, no final de 2017 estimava-se que mais de 60 incluem a matéria em seus textos, mas os países em desenvolvimento parecem menos dispostos a incluiressas disposições em seus acordos (COLLINS;ABE, 2018 online).

Nessa região, conhecida por abrigar gigantes da área de TI, entre 2004 e 2011, os acordos PTA bem ilustraram o quanto desafiador é construir um marco regulatório consensual. Os acordos desse período mostram uma imagem mista: os PTAs concluídos pela Tailândia com a Austrália, em 2004, e com a Nova Zelândia, em 2005, contêm capítulos básicos com disposições sobre transparência, redução de barreiras comerciais e moratória aduaneira. Já o Acordo de Parceria Econômica Japão-Filipinas, de 2006, retrocede e tem apenas um capítulo sobre "comércio sem papel" e o comércio eletrônico, em si, não é mencionado.

Em contraste, o Acordo de Livre Comércio Coreia-Cingapura, também de 2006, atingiu o nível mais alto de liberalização bilateral do comércio digital. Seu capítulo 14 traz uma definição do termo "produtos digitais", concede moratória, tem normas de tratamento não discriminatório a esses produtos e garantias de aplicabilidade das regras comerciais ao fornecimento de serviços digitais. Capítulo semelhante também está presente no Acordo Abrangente de Cooperação Econômica Cingapura-Índia, também de 2006.

Os PTAs mais recentes mostram um retorno à liberalização do comércio eletrônico. Até o Japão, país que por anos se mostrou relutante em aderir a capítulos sobre comércio eletrônico, adotou, a partir de 2014, extensas regulamentações. O

Acordo entre Japão e Austrália, contém um capítulo extenso sobre o tema, incluindo o compromisso com a neutralidade tecnológica, a não discriminação de produtos digitais, uma disposição sobre definições, moratória, disposições sobre dados e proteção do consumidor, comércio sem papel, administração comercial, e um compromisso de cooperação (WEBER op cit p.337)

Já no âmbito regional, intensificaram-se as tentativas de harmonizar normas e elaborar tratados com capítulos extensos e específicos sobre o tema, como os recentes CPTPP (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*), desde dezembro de 2018, e o USMCA (*United States–Mexico– Canada Agreement*), em vigor desde julho de 2020, além de outros que, apesar de não ser acordos comerciais, interferem diretamente, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados ou GDPR (*General Data Protection Regulation*), aprovado pela União Europeia e em vigor desde maio de 2018.

No âmbito da Ásia-Pacífico, destacam-se ASEAN (*Association of South- East Asian Nations*) e APEC (*Asia-Pacific Economic Cooperation*), blocos caracterizados pela abordagem predominantemente *soft-law*, que operam por meio de diretrizes e recomendações. Na APEC há um “Grupo Diretor de Comércio Eletrônico” (ECSG), que visa o estabelecimento de um ambiente “previsível, transparente e consistente”, cuja principal função é coordenar e alinhar as normas relativas à privacidade (“APEC Privacy Framework”) e negociação sem papel, além do estabelecimento de um mecanismo de cooperação com a União Europeia em certificações eletrônicas, autorização eletrônica e outras questões de interoperabilidade. Já na ASEAN, em janeiro de 2019, foi firmado um acordo específico que trata sobre a definição de “produtos digitais”, tratamento não discriminatório, autenticação eletrônica, proteção ao consumidor, tráfego e localização de dados, dentre outros (PERMANA, 2018 p.100).

Outro acordo que gerou muitos debates, principalmente por causa do capítulo sobre comércio eletrônico, é o CPTPP ou TPP11, em vigor desde dezembro de 2018, que substituiu o malogrado Acordo Transpacífico e é um dos mais importantes tratados multilaterais a conter disposições sobre o tema. Assinada por 11 países da região Ásia-Pacífico, a convenção traz, em seu capítulo 14, normas semelhantes às de outros tratados e algumas inovações.

Prevê o tratamento não discriminatório de produtos digitais, vedando o

favorecimento dos nacionais em detrimento dos provenientes de outros países-membros, mas não impede a concessão de subsídios.

Dispõe também que os governos não podem forçar as empresas a revelar seus códigos-fonte, mesmo por razões de segurança nacional (e aqui há muita preocupação e crítica por causa da segurança cibernética).

Uma das matérias mais sensíveis, objeto das maiores discussões e potencial conflito regulatório, é a proteção do consumidor e o direito à privacidade. O texto do CPTPP requer que os países mantenham ou instituam normas de proteção ao consumidor voltadas ao ambiente digital. O tratado proíbe comunicações eletrônicas não solicitadas, mas não traz nenhuma disposição sobre o uso de *malwares*, o que foi bastante criticado.

Prevê ainda que cada parte deve adotar ou manter uma estrutura jurídica de proteção às informações pessoais dos usuários e os países devem desenvolver mecanismos para promover a compatibilidade entre diferentes regimes de proteção à privacidade (COLLINS; ABE op. cit, p. 10). Há ainda disposições sobre localização e transferências de dados que serão abordadas em tópico específico, resguardadas as limitações desse artigo, em conjunto com a influência do Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE.

Por último, outro tratado recente que suscitou discussões foi o Acordo Estados Unidos-México-Canadá, o USMCA, que dispõe sobre a definição de produto digital, tratamento não discriminatório, imposição de moratória, entre outros.

Tem normas específicas sobre localização e transferência internacional de dados mas, em matéria de proteção ao consumidor e à privacidade, foi muito criticado porque deixou os Estados livres para regulamentar, ressaltando apenas a necessidade de harmonização da legislação local.

Percebe-se, pois, que nos últimos três anos aumentaram os esforços multilaterais de regulamentação, e embora haja normas com conteúdo semelhante, ainda há muito o que ser discutido e regulamentado. Ciuriak e Ptashkina, em levantamento feito junto a instituições públicas e privadas com dados relativos ao comércio eletrônico, apontam outras barreiras decorrentes da atuação do Estado ou da falta de regulamentação: liberdade de acesso a conteúdo na rede decorrente de problemas como largura de banda (e seu controle por entes públicos e privados), neutralidade de rede, censura e filtragem de conteúdo; políticas de dados (retenção de

dados, sanções por não conformidade); restrições e normas locais discriminatórias sobre vendas e transações online (incluindo proibição de operações); proibição de participação de empresas estrangeiras nos mercados locais; filtragem e bloqueio de rede; restrições para acesso à nuvem; restrições à publicidade e portais de notícias online.

Além destas, há outras relacionadas à atuação do Estado: restrições ao investimento estrangeiro na área; políticas industriais discriminatórias, como a substituição de importações; estabelecimento de pré-requisitos para acesso ao mercado local que forçam parcerias público-privadas ou a formação de joint ventures com o Estado; vedações à participação em processos de licitação e adoção de práticas de concorrência desleal por empresas estatais (CIURIAK;PTASHKINA, op. cit, p. 5)

5. PROPRIEDADE INTELECTUAL

Apesar de o tema “Propriedade Intelectual” ser regulado no TRIPS no âmbito da OMC, ainda há conflitos e lacunas relacionados ao e-commerce. No cenário multilateral, alguns são abordados nos acordos daOMPI, como o Tratado de Direitos Autorais e o Tratado de Performances e Fonogramas, ambos de 1996. Referidos como os Tratados daOMPI sobre Internet, são independentes do TRIPS e incorporam a proteção de direitos autorais a programas de computador e bancos de dados e direitos de desempenho e transmissão.

A incerteza em relação ao debate “bens x serviços” é acentuada nessa matéria, pois a produção de conteúdo por meio digital geralmente é classificada dentro dos “bens intelectuais” (KENDE, op.cit p.18), mas persiste a discussão sobre se os produtos digitais deveriam ser considerados apenas como propriedade intelectual.

Além disso, há grande disparidade quanto aos avanços tecnológicos entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos, o que gera discussões sobre, v.g., transferência de tecnologia e subsídios governamentais.

Em muitas conjunturas locais, destacam-se algumas situações: a regularidade de certas condutas ilícitas (pirataria, cyberterrorismo, etc); a existência de normas que obrigam à renúncia de patentes, códigos-fonte e segredos industriais, ou que impõem como requisitos para acesso ao mercado o depósito de códigos- fonte comerciais ou

de chaves de criptografia. Há ainda a proteção insuficiente aos padrões cibernéticos ou, por outro lado, a imposição de padrões de segurança muito onerosos (CIURIAK; PTASHKINA, op cit. p.18).

A questão do domínio na internet também é um ponto sensível. É comum o registro local, por terceiros, de marcas registradas como nomes de domínio, seja para tentar vendê-lo ao detentor da marca, seja para desviar o tráfego - uma prática conhecida como *cyber-squatting* (KENDE, op.cit p.21).

Como não há tratado multilateral sobre o tema, a resolução de disputas é feita por instituições como o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, com basenas regras da Política de Resolução Uniforme de Disputas de Nomes de Domínio, ou diretamente pela Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN ou *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*).

Uma disputa recente no ICANN, p. ex., é a dos países da região amazônica contra a gigante *Amazon* sobre o domínio de internet ".amazon" registrado em nome da empresa de comércio eletrônico. Apesar do processo envolver uma questão de soberania e vários temas aqui discutidos, como o interesse dos países em desenvolvimento, propriedade intelectual e comércio eletrônico, foi decidido por uma instituição privada, que deu razão à companhia norte-americana (ICANN, 2017 online).

5.1. Proteção à privacidade e fluxo de dados

A aprovação do GDPR na União Europeia gerou intensos debates acerca do impacto da regulamentação do fluxo de dados pela internet sobre o comércio digital, já que a legislação adota parâmetros rigorosos de proteção à privacidade dos usuários e destoa de outras propostas regulatórias, como as aprovadas no CPTPP e no USMCA.

Tendo em vista a ausência de normas específicas na OMC, as discussões multilaterais geralmente giram em torno de pontos comuns: políticas de dados, requisitos de conteúdo local ou estabelecimento de estrutura de servidor local para empresas estrangeiras, imposição de armazenamento de dados ou de sistema de computadores dentro de uma jurisdição específica, vedações aos fluxos de dados transfronteiriços, e, por último, imposição de transferência de tecnologia ou IP para

uma empresa parceira local (CIURIAK; PTASHKINA, op. cit., p. 6)

O parâmetro do GDPR da UE é considerado rigoroso, seja pelas normas, com maior grau de proteção à privacidade, seja pelas penas em caso de descumprimento. O Regulamento, aplicável a todo comércio eletrônico que coleta ou processa dados de pessoas naturais residentes na UE, define direitos e impõe regras como transparência e direito de acesso, portabilidade e eliminação dos dados coletados. Além disso, cria estruturas públicas e privadas de processamento e controle do fluxo de dados, além de mecanismos de fiscalização.

Como não é voltado especificamente ao comércio eletrônico, as disposições mais importantes para essa modalidade na questão transfronteiriça talvez sejam as previstas nos arts. 44 a 49, que limitam o fluxo de dados para fora da UE. Os dados podem ser movidos sem permissão para países que a Comissão Europeia considere ter proteção legal suficiente, tais como Estados Unidos, Canadá e Suíça⁴³. A transferência para os EUA é permitida se a empresa receptora fizer parte do chamado “Escudo de Proteção da Privacidade” (*Privacy Shield*), programa regido pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos.

Tanto o USMCA quanto o CPTPP, por outro lado, por abrigarem capítulos sobre comércio eletrônico, contêm previsões específicas sobre fluxo de dados e proteção à privacidade relacionadas à matéria. Ambos vedam normas que forcem a localização de dados como condição para transações digitais em seus países-membros. As regras exigem apenas que os dados sejam armazenados dentro de jurisdição relevante, com o intuito de otimizar as decisões de investimento, já que os custos com armazenamento de dados costumam ser altos.

No CPTPP, a proibição geral de localização de dados está sujeita a três exceções: dados governamentais, serviços financeiros e uma exceção de teste geral de quatro etapas. A primeira permite que os governos mantenham regras de localização de dados governamentais. Já a exceção geral está relacionada a medidas de políticas públicas, desde que não constituam discriminação ao comércio disfarçada de política pública e não imponha restrições sobre o uso ou localização além do necessário. Esse dispositivo é baseado no Artigo XX do GATT e no Artigo XIV do GATS. Muitas críticas foram feitas à vedação à localização de dados e a imposição dessa exceção tão estreitas. Para muitos, o CPTPP deveria garantir que medidas razoáveis de privacidade, segurança e políticas públicas não serão bloqueadas devido

às previsões comerciais do acordo.

Já quanto à transferência internacional de dados, o acordo, segundo Collinse Abe (op. cit p.13), tem uma abordagem ambiciosa, já que vários FTA optam por não regulamentar o tema. Os estados signatários concordaram que cada parte deve permitir a transferência transfronteiriça de informações por meio eletrônico, incluindo informações pessoais, quando essa atividade for essencial às chamadas “operações cobertas”, conforme definidas no capítulo de investimentos. Essa regra também está sujeita a uma exceção geral com teste de quatro etapas como a observada em relação à localização de dados. O USMCA tem disposição muito semelhante em seu capítulo 19.

80

5.2. Barreiras técnicas

Por último, as normas regulamentares do comércio eletrônico também, via de regra, precisam visar à resolução de barreiras técnicas que constituem entraves ao seu desenvolvimento. As principais restrições apontadas: ausência de normas sobre a responsabilidade dos intermediários nas operações digitais; ausência de harmonização de padrões de criptografia, certificação de segurança, requisitos de teste e triagem de produtos digitais; ausência de normas de cibersegurança; restrições aos métodos de pagamento online; normas relativas a autenticação e assinaturas eletrônicas; o já citado problema dos nomes de domínio; práticas discriminatórias através do estabelecimento de padrões nacionais e de avaliação de conformidade extremamente onerosos (CIURIAK;PTASHKINA, op. cit., p. 6).

Na maioria dos casos, o problema é a ausência de normas multilaterais sobre as questões mencionadas, que ficam a cargo da legislação local. Nostratados mais recentes com capítulos específicos sobre comércio eletrônico, no entanto, alguns desses pontos já são abordados. O Acordo USMCA, por exemplo, dispõe sobre responsabilidade dos intermediários, autenticação e assinatura eletrônicas, e segurança cibernética. Já o CPTPP trata apenas dos dois últimos temas.

6. CONCLUSÃO

Quando o programa de trabalho em comércio eletrônico da OMC foi implantado, o tema era apenas “promissor”. Passados mais de vinte anos, tornou- se

urgente não apenas debatê-lo, mas elaborar uma proposta concreta de regulamentação, já que apesar da multiplicação de acordos bilaterais e regionais voltados a essa tarefa, ainda existem muitos conflitos e lacunas que só podem ser solucionadas por meio da cooperação entre os Estados.

A digitalização do comércio e a diluição de fronteiras, afinal, são intrínsecas à era digital e não é mais possível promover um ambiente comercial que respeite os direitos humanos, as diferenças econômicas e culturais, e ainda resguarde a segurança cibernética, sem uma costura multilateral mais ampla, capaz de enfrentar as questões abordadas nesse trabalho.

Por outro lado, sabe-se que a OMC, assim como outras organizações internacionais, passa por um momento político delicado, com enfraquecimento dos seus órgãos e de seu poder decisório. Nesse caso, parece haver o que os estudiosos das relações internacionais chamam de *fórum shifting*, um movimento clássico de retirada de Estados hegemônicos quando seus interesses são contrariados. E como hoje há muitas divergências em torno de temas delicados no comércio transnacional, notoriamente em questões de propriedade intelectual, proteção de dados e interesses dos países em desenvolvimento, parece, infelizmente, não haver esperança de conclusão de nenhum acordo nesse fórum multilateral e a tendência é que os países continuem firmando FTAs e PTAs, além de acordos regionais com capítulos específicos.

Nos próximos anos, a tendência é que as lacunas continuem a existir, bem como o embate entre padrões de regulamentação, tal como já ocorre quanto à regulamentação da proteção e fluxo de dados e outros temas já mencionados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 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, Londrina, v. 22, n. 1, p. 283- 313, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178- 8189.2018v22 n1p283. ISSN: 2178-8189
- COLLINS, D. A; ABE, Y. **The CPTPP and Digital Trade: Embracing E- Commerce Opportunities for SMEs in Japan and Canada. Transnational. Dispute Management.** Londres, 2018. Disponível em:
<http://openaccess.city.ac.uk/21201/>. Acesso em: 02.09.2020

CIURIAK, Dan; PTASHKINA, Maria, **Started the Digital Trade Wars Have: Delineating the Regulatory Battlegrounds.** RTA Exchange, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2018, p. 06. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3098982>.

EUROPEAN UNION. **Official Journal.** L119. Legislation, vol.59, maio de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL>. Acesso em: 05.09.2020.

ICANN. International Centre For Dispute Resolution. **Independent Review Panel ICDR** No. 01-16-0000-7056. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/files/irp-amazon-en.pdf>. Acesso em: 05.09.2020

ISMAIL, Yasmin. **E-commerce in the World Trade Organization: History and latest developments in the negotiation under the Joint Statement.** Genebra: International Institute for Sustainable Development and CUTS International, 2020. Disponível em: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/e-commerce-world-trade-organization-.pdf>.

KENDE, Michael; SEN, Nivedita. **Cross-Border E-Commerce: WTO discussions and multi-stakeholder roles – stocktaking and practical ways forward.** Centre for Trade and Economic Integration. Genebra, 2019. Disponível em: https://repository.graduateinstitute.ch/record/297080/files/CTEI-2019_01.pdf?version=1.

KHAN, Abdul Gaffar. **Electronic Commerce: A Study on Benefits and Challenges in an Emerging Economy.** Global Journal of Management and Business Research: BEconomics and Commerce. Vol. 16 Ed. 1, 2016. Disponível em: <https://www.journalofbusiness.org/index.php/GJMBR/article/view/1918/1820>.

MELTZER, Joshua P. **A WTO reform Agenda: data flow and international regulatory cooperation.** Global Economy & Development Working Paper 130, Setembro, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3595188>.

OCDE. **Guide to measuring the information society**, 2011. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guide-to-measuring-the-information-society-2011_9789264113541-en#page1

OCDE. Trade in the Digital Era (OECD Going Digital Policy Note), 2019. Disponível em:<https://www.oecd.org/going-digital/trade-in-the-digital-era.pdf>.

PERMANA, Rizky Banyualam, ASEAN E-Commerce Agreement: ASEAN Way of Digital Trade? International Conference on ASEAN Studies, UGM, Yogyakarta, Indonesia, 2018, Disponível emSSRN: <https://ssrn.com/abstract=3451679>

UOMINEN, Kati. Fuelling Trade in the digital era: Policy Roadmap for developing countries. Issue Paper. ICTSD's Digital Economy Programme. Genebra: 2017, p.3. Disponível em:

https://ictsd.iisd.org/sites/default/files/research/suominen_fuelling_trade_in_the_digital_era_0.pdf.

USA, United States, Mexico, Canada Free Trade Agreement. Chapter 19. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/19-Digital-Trade.pdf>. Acesso em: 02.09.2020.

WEBER, Rolf H. Digital trade and e-commerce: challenges and opportunities of the Asia-Pacific regionalism. Fifth Conference of the Asian International Economic Law Network, 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2669347>.

WTO, Joint Statement on Eletronic Commerce, 2019. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157643.pdf

WTO, Work Programme on Eletronic Commerce, 1998,. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/com_e/wkprog_e.htm.

WTO, Work Programme on Electronic Commerce: The e-commerce moratorium and implications for developing countries. Communication from India and South Africa, 2019. Disponível em:

https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDocuments/254708/q/WT/GC/W774.pdf

WUNSCH-VINCENT, Sacha. WTO, E-commerce and Information Technologies. From the Uruguay Round to the Doha Development Agenda. A Report for the UN ICT Task Force.The Markle Foundation, 2004. Disponível em:<https://www.markle.org/sites/default/files/95751.pdf>.