NEGOCIAÇÕES PARA ACORDOS EM COMÉRCIO DIGITAL

ANÁLISE DOS ACORDOS RECENTES E RECOMENDAÇÕES





NEGOCIAÇÕES PARA ACORDOS EM COMÉRCIO DIGITAL

ANÁLISE DOS ACORDOS RECENTES E RECOMENDAÇÕES

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

Robson Braga de Andrade Presidente

Gabinete da Presidência

Teodomiro Braga da Silva Chefe do Gabinete - Diretor

Diretoria de Desenvolvimento Industrial e Economia

Lytha Battiston Spíndola Diretora

Diretoria de Relações Institucionais

Mônica Messenberg Guimarães Diretora

Diretoria de Serviços Corporativos

Fernando Augusto Trivellato Diretor

Diretoria Jurídica

Cassio Augusto Muniz Borges

Diretoria de Comunicação

Ana Maria Curado Matta Diretora

Diretoria de Educação e Tecnologia

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti Diretor

Diretoria de Inovação

Gianna Cardoso Sagazio Diretora

Superintendência de Compliance e Integridade

Osvaldo Borges Rego Filho Superintendente

NEGOCIAÇÕES PARA ACORDOS EM COMÉRCIO DIGITAL

ANÁLISE DOS ACORDOS RECENTES E RECOMENDAÇÕES





© 2023. CNI - Confederação Nacional da Indústria.

Qualquer parte desta obra poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

CNI

Superintendência de Desenvolvimento Industrial

FICHA CATALOGRÁFICA

C748n

Confederação Nacional da Indústria.

Negociações para acordos em comércio digital : análise dos acordos recentes e recomendações / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2023.

45 p.:il.

1. Comércio Digital. 2. Acordos Comerciais. 3. Negociações. I. Título.

CDU: 339.5

CNI Confederação Nacional da Indústria **Sede** Setor Bancário Norte Quadra 1 – Bloco C Edifício Roberto Simonsen 70040-903 – Brasília – DF

Tel.: (61) 3317-9000 Fax: (61) 3317-9994

http://www.portaldaindustria.com.br/cni/

Serviço de Atendimento ao Cliente - SAC Tels.: (61) 3317-9989/3317-9992 sac@cni.com.br

SUMÁRIO

SUMARIO EXECUTIVO	7
1 INTRODUÇÃO E QUESTÕES CONCEITUAIS	15
2 A RELEVÂNCIA DOS ACORDOS DE COMÉRCIO DIGITAL	19
3 ANÁLISE DA AGENDA DOS EUA EM ACORDOS DE COMÉRCIO DIGITAL	23
3.1 Propostas avaliadas como positivas e incontroversas	24
3.1.1 Dados governamentais abertos	24
3.1.2 Comunicações comerciais eletrônicas não solicitadas	25
3.1.3 Segurança cibernética	26
3.1.4 Proteção aos consumidores	27
3.1.5 Marco legal para transações eletrônicas	28
3.1.6 Autenticação e assinaturas eletrônicas	28
3.1.7 Tarifas aduaneiras	29
3.2 Propostas avaliadas a princípio como positivas, mas que exigem atenção	
ou aprimoramento	30
3.2.1 Proteção de informações pessoais	30
3.2.2 Transferência internacional de dados	31
3.2.3 Localização de infraestrutura computacional	33
3.2.4 Localização de estrutura computacional para serviços financeiros	34
3.2.5 Não discriminação	35
3.2.6 Código-fonte	36
3.2.7 Bens de TI que usam criptografia	37
3.2.8 Solução de controvérsias	38
3.3 Propostas avaliadas como controversas ou potencialmente incompatíveis	
com políticas públicas e legislação interna	39
3.3.1 Tributação	
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
ENTIDADES PARCEIRAS	45



SUMÁRIO EXECUTIVO

Este documento, elaborado por um grupo de trabalho formado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (BRASSCOM) e Mercado Livre, tem como objetivo contribuir para o entendimento dos principais temas disciplinados em acordos sobre comércio digital e apresentar sugestões de posicionamento ao governo brasileiro que estejam alinhadas aos interesses do setor privado nessa área.

O comércio eletrônico ou digital – entendido de modo abrangente como qualquer tipo de comércio por meios eletrônicos – tem crescente importância para a economia global. Como reconhecido pela própria OMC, a pandemia da Covid-19 acelerou a transformação digital, intensificando as atividades online e revelando a crucial importância do comércio digital para a recuperação econômica global. É fundamental, nesse contexto, compreender a relevância e o impacto das regras sobre o comércio digital negociadas em acordos internacionais.

Nos últimos anos houve significativa movimentação internacional para a inclusão de cláusulas e capítulos que tratam de comércio digital em acordos comerciais. No âmbito multilateral, um grupo de 86 países-membros da OMC estão engajados, desde 2019, em negociações aprofundadas sobre o tema, a partir da *Joint Statement Initiative on E-commerce* (JSI).

No âmbito regional e bilateral, o comércio digital tem sido incluído em acordos recentes e negociações em andamento. O tema faz parte de discussões recentes entre Brasil e Estados Unidos (EUA) e esteve próximo de ser incluído no Protocolo ao Acordo Brasil-EUA de Comércio e Cooperação Econômica (ATEC), celebrado em outubro de 2020. Sabe-se que o texto-base das discussões é similar ao do *US-Japan Digital Trade Agreement*, negociado em 2019.

As disciplinas propostas pelos EUA têm abrangência temática significativa, com relevantes impactos jurídicos, regulatórios e econômicos. Nesse sentido, é importante que o Governo brasileiro adote nas negociações uma postura alinhada com a legislação interna e com as visões do setor privado, cujos negócios serão afetados pelas disciplinas que venham a ser acordadas com os EUA e com outros países.

O documento tem como escopo avaliar os interesses brasileiros especificamente com relação às principais disciplinas sobre comércio digital propostas pelos EUA, o que será útil para posicionamento tanto nas negociações com os americanos quanto com outros

países, inclusive no âmbito da OMC, em função da mencionada abrangência das cláusulas em discussão.

Para compreender o posicionamento dos EUA, além da referência ao texto negociado com o Japão, foi considerado também o texto do USMCA, acordo finalizado em 2019 entre EUA, México e Canadá, em substituição ao NAFTA. Os textos são muito similares e constituem o atual *benchmark* da posição dos EUA em negociações sobre comércio digital.

Para a análise de posicionamentos porventura já adotados pelo Brasil sobre as cláusulas em discussão com os EUA, foram utilizados como referências principais os capítulos sobre comércio eletrônico negociados no Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile, finalizado em 2018, e do Acordo entre Mercosul e União Europeia, finalizado em 2019. Também foram analisadas diversas disposições pertinentes da legislação nacional, para avaliar em que medida há compatibilidade com as disciplinas propostas pelos EUA e, conforme o caso, sugerir posicionamentos conciliatórios que evitem insegurança jurídica.

Os temas analisados foram divididos em três grupos, de acordo com o nível de sensibilidade da linguagem proposta pelos EUA à luz da legislação nacional e percepções sobre possíveis impactos para o setor privado. Os quadros a seguir indicam os temas examinados e sua respectiva classificação, bem como as principais políticas públicas, leis e regulamentos que os disciplinam no âmbito interno:

Propostas avaliadas como positivas e incontroversas

As disciplinas propostas pelos EUA sobre estes temas exigem pouca ou nenhuma modificação, pois já há razoável convergência com a legislação do Brasil e posições em outros acordos. Em alguns casos (como proteção ao consumidor, segurança cibernética e reconhecimento de assinaturas eletrônicas), pode até mesmo ser interessante propor disciplinas mais aprofundadas.

Tema	Legislação / políticas públicas nacionais envolvidas
Dados governamentais abertos	Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011); Portal Brasileiro de Dados Abertos
Comunicações comerciais eletrônicas não solicitadas	Princípios refletidos no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)
Segurança cibernética	Decreto nº 10.222/2020 (Estratégia Nacional de Segurança Cibernética)
Proteção dos consumidores	Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)
Marco legal para transações eletrônicas	Princípios refletidos no Código Civil (Lei nº 10.406/2002)
Autenticação e assinaturas eletrônicas	Lei nº 14.063/2020; Medida Provisória nº 2.200-2/2001 (ICP-Brasil)
Tarifas aduaneiras	Obrigações já assumidas ("moratória") no âmbito da OMC

Propostas avaliadas como positivas, mas que merecem algum ajuste para garantir compatibilidade com a legislação nacional

As disciplinas propostas pelos EUA quanto a estes temas são vistas como positivas, mas merecem alguma atenção. Parte das disciplinas propostas neste grupo foi ainda pouco discutida e merece análise mais aprofundada de seus impactos, a fim de confirmar que seriam efetivamente positivos. Outra parte apresenta alguns detalhes potencialmente conflitantes com a legislação brasileira, parecendo recomendável ajustá-los.

Tema	Legislação / políticas públicas nacionais envolvidas
Proteção de informações pessoais	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/2018)
Transferência internacional de dados	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/2018)
Localização de infraestrutura computacional	LGPD; Portaria nº 9/2018 do Gabinete de Segurança Institucional; Decreto nº 9.319/2018 (Estratégia Brasileira para a Transformação Digital)
Localização de estrutura computacional para serviços financeiros	LGPD; Resolução 4.658/2018 do Banco Central
Não discriminação	Princípios refletidos na Constituição Federal; Lei nº 10.168/2000 (CIDE- Remessas) e outras normas tributárias
Código-fonte	Lei do Software (Lei nº 9.609/1998); Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993, art. 111)
Bens de TI que usam criptografia	Princípios refletidos em normas de proteção da propriedade intelectual – Lei nº 9.279/1996 e Lei nº 9.609/1998
[Solução de controvérsias] *	Política externa favorável a mecanismos de solução de controvérsias em acordos comerciais

^{*} Cláusula não inserida no Acordo entre EUA e Japão; o ajuste recomendável nesse caso seria inserir cláusula de solução de controvérsias

Propostas avaliadas como controversas ou potencialmente incompatíveis com políticas públicas e legislação interna

Neste grupo de disciplinas propostas pelos EUA encontram-se temas mais controversos ou potencialmente incompatíveis com a legislação brasileira. Assim, a eventual inclusão destas cláusulas com a linguagem proposta pelos EUA exigiria amplo debate e ajustes mais substanciais para evitar riscos de conflitos com políticas públicas relevantes ou com a legislação nacional.

Tema	Legislação / políticas públicas nacionais envolvidas
Tributação	Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966); Lei nº 10.168/2000 (CIDE-Remessas); outras normas e propostas de legislação tributária envolvendo a economia digital

A tabela abaixo sintetiza a posição dos EUA sobre cada tema disciplinado em seus acordos recentes sobre comércio digital, conforme a classificação acima, e apresenta o posicionamento sugerido para o Brasil, com base na análise dos acordos internacionais e nas discussões com as entidades participantes do projeto:

Tema	Proposta dos EUA	Sugestão de posicionamento	
Dados governamentais abertos	Obrigações de melhores esforços para facilitar o acesso e uso das informações governamentais pelo público (inclusive no que diz respeito a formatos legíveis por máquina); incentivo à cooperação entre as partes.	Favorável – A proposta reforça o comprometimento dos governos com a transparência e abertura de informações de modo geral, podendo ser útil no contexto brasileiro para evitar retrocessos na área e incentivar o aprimoramento dos mecanismos de transparência já existentes na legislação nacional.	
Comunicações comerciais eletrônicas não solicitadas	Obrigações de (i) adotar mecanismos para evitar o recebimento de spam, (ii) exigir consentimento do destinatário (conforme legislação local) e (iii) prever medidas contra provedores que desrespeitem essas obrigações; incentivo à cooperação entre as partes.	Favorável – A proposta é compatível com compromissos internacionais já assumidos pelo Brasil e com a legislação nacional, podendo inclusive encorajar a adoção de regulamentação interna mais eficaz sobre o tema (em particular para definir como se dá o consentimento e prever remédios).	
Segurança cibernética	As partes devem se empenhar em capacitar as autoridades competentes para resposta a incidentes de segurança cibernética e fortalecer os mecanismos de colaboração nessa área, com preferência por abordagens / melhores práticas baseadas em risco.	Favorável – Como a linguagem só prevê esforços para a colaboração, não parece haver qualquer incompatibilidade ou razão para oposição à proposta dos EUA. Caberia considerar se seria conveniente propor mecanismos mais específicos ou institucionalizados de colaboração na área de segurança cibernética.	
Proteção dos consumidores	Obrigação de manter legislação de proteção aos consumidores para impedir atividades fraudulentas ou enganosas que lhes causem potenciais prejuízos no comércio digital; incentivo à cooperação entre as autoridades das partes para aprimorar a proteção e bem-estar dos consumidores.	Favorável – A proposta é compatível com a legislação brasileira, sendo que o Código de Defesa do Consumidor prevê obrigações inclusive mais abrangentes e aprofundadas.	
Marco legal para transações eletrônicas	Obrigação de manter regulamentação sobre transações eletrônicas compatível com os princípios da Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico da UNCITRAL, e de empenhar esforços para evitar ônus regulatórios excessivos em transações eletrônicas.	Favorável – A proposta é compatível com a legislação nacional e com boas práticas, sendo que a referência à Lei Modelo da UNCITRAL pode ser considerada mais precisa / menos ambígua que a menção a "instrumentos internacionalmente reconhecidos" aceita pelo Brasil em outros acordos.	

	Proposta dos EUA	Sugestão de posicionamento
Tema		
Autenticação de assinaturas eletrônicas	Obrigação, como regra geral, de aceitar assinaturas eletrônicas, prevendo autonomia para que as partes definam os meios apropriados de realizar assinatura eletrônica e comprovar sua validade. Permite a exigência de certificação de assinatura para certos tipos de transação e encoraja o uso de autenticação eletrônica interoperável. Há ressalvas expressas para aplicação da legislação nacional.	Favorável – A proposta é compatível com a legislação brasileira, inclusive por haver margem para exceções na legislação nacional. Pode haver oportunidade de aprimoramento por meio de proposta de acordo de reconhecimento mútuo de certificados de assinatura digital (como negociado no âmbito do Mercosul em dezembro de 2019).
Tarifas aduaneiras	Proíbe a imposição de tarifas aduaneiras sobre transações eletrônicas e de quaisquer outros encargos em conexão com a importação ou exportação de "produtos digitais" transmitidos eletronicamente, ficando ressalvados os tributos internos impostos de modo compatível com o acordo.	Favorável – A proposta está em linha com compromissos internacionais já assumidos pelo Brasil e com a legislação nacional. Eventuais sensibilidades estariam relacionadas não propriamente às tarifas aduaneiras, mas sim aos temas de não discriminação e tributação interna de bens e serviços digitais, que são disciplinados por outras cláusulas.
Proteção de informações pessoais	Obrigações de manter legislação que proteja dados pessoais de usuários do comércio digital e publicar informações sobre o tema. Prevê melhores esforços para que haja interoperabilidade entre os regimes jurídicos das partes. Exige que as partes garantam que quaisquer restrições aos fluxos internacionais de dados pessoais sejam necessárias e proporcionais aos riscos apresentados.	Favorável, com ajustes – A proposta não é incompatível com a legislação nacional, e é de interesse de ambos os países promover a proteção de dados pessoais. Sugere-se que a redação referente a fluxos internacionais de dados (ver item 4 do artigo 15 do Acordo entre EUA e Japão) seja removida, de modo que a transferência internacional de dados seja disciplinada separadamente em cláusula própria.
Transferência internacional de dados	Proibição geral de restrições quanto a transferências internacionais de dados para fins comerciais. Prevê exceção para casos nos quais a restrição seja necessária para atingir objetivos de política pública, contanto que (i) a medida não seja aplicada como uma forma de discriminação arbitrária ou injustificável, ou como uma restrição disfarçada ao comércio, e (ii) que as restrições não sejam maiores do que as necessárias para alcançar o objetivo de política pública pretendido.	Favorável, com ajustes – A regra geral proibindo restrições sobre fluxos de dados é positiva, valendo reforçar no texto o compromisso das partes com o livre trânsito dos dados, inclusive como forma de incentivar a inovação orientada por dados, bem como com o objetivo de alcançar coerência regulatória nesta área. Com relação ao "teste de necessidade" (ver item 2(b) da cláusula 11 do Acordo entre EUA e Japão), considerando que há jurisprudência da OMC sobre o tema que impõe etapas complexas de serem cumpridas, sugere-se sua remoção. Por outro lado, entende-se que a exigência de que eventuais restrições a transferências impostas por quaisquer razões de política pública que não sejam arbitrárias ou discriminatórias (ver item 2(a) do referido Acordo) poderia ser mantida.

Tema	Proposta dos EUA	Sugestão de posicionamento	
Localização de infraestrutura computacional	Proibição de que as partes imponham às empresas de outra parte o uso de infraestrutura computacional (data centers) no seu território como condição para fazer negócios na sua jurisdição. Não há exceções específicas, mas são aplicáveis exceções gerais similares às previstas no GATS, as quais incluem o "teste de necessidade".	Favorável, com ajustes – A regra geral proibindo a imposição da obrigação de uso ou localização de data centers no território nacional parece positiva e é compatível de modo geral com a legislação nacional. Sugere-se apenas o afastamento do "teste de necessidade", pelas mesmas razões apontadas nos comentários à cláusula sobre transferência internacional de dados.	
Localização de estrutura computacional para serviços financeiros	Proibição de que as partes imponham às instituições financeiras o uso de data centers no território nacional, como condição para permitir a condução de negócios na sua jurisdição. A proibição só é válida se for garantido pleno acesso, para fins regulatórios, às informações armazenadas no exterior.	Favorável, com ajustes – Após debates sobre o tema no Brasil, o Banco Central decidiu permitir que instituições financeiras armazenem dados no exterior, observadas certas condições, de modo que a proposta dos EUA é a princípio compatível com a legislação nacional. Para evitar dúvidas, seria útil inserir previsão expressa de que as partes podem adotar medidas de proteção de dados pessoais, a exemplo da linguagem que foi adotada no USMCA.	
Não discriminação	Obrigação abrangente de não discriminação por origem de "produtos digitais" (tratamento nacional e cláusula de nação mais favorecida), exceto no caso de subsídios, a exemplo de empréstimos e garantias governamentais, que podem ser limitados a empresas nacionais.	Favorável, com ajustes – Do ponto de vista regulatório, não parece haver incompatibilidades entre a proposta e a legislação nacional. Aspectos de tributação interna, no entanto, podem tornar a proposta incompatível, parecendo prudente ressalvar tais aspectos. Chama a atenção que os próprios EUA procuram ressalvar suas políticas de subsídios.	
Código-fonte	Proibição de que as partes exijam a transferência ou acesso ao códigofonte de softwares (e algoritmos nele expressos) como condição para a importação, distribuição, venda ou uso de tal software ou produtos que o contenham. A proibição não impede que órgão regulador ou autoridade judicial exija a disponibilização do código-fonte para investigação ou processo específico, com salvaguardas para preservar o sigilo dos códigos.	Favorável, com ressalvas – Disposições sobre proteção de propriedade intelectual são positivas e compatíveis com a legislação brasileira. Pode ser prudente, no entanto, esclarecer (em notas de rodapé) que certas disposições sobre transferências de tecnologia na Lei de Software e na Lei de Licitações são compatíveis com a cláusula, bem como que disposições livremente negociadas em caráter comercial não serão contrárias ao acordo. O tema é novo em acordos e pouco testado, merecendo talvez maior reflexão – cabe salientar que países (da CPTPP, por exemplo) se preocuparam em ressalvar softwares usados para "infraestrutura crítica", por exemplo.	

Tema	Proposta dos EUA	Sugestão de posicionamento	
Bens de TI que usam criptografia	Proíbe que seja exigido pelas partes, como condição para aquisição de um produto, que os fornecedores (i) deem acesso a informações confidenciais relativas à criptografia, (ii) se associem com pessoa ou empresa no território nacional para desenvolvimento do produto, ou (iii) usem um determinado algoritmo criptográfico em particular. Há exceções para (i) ordens judiciais exigindo que fornecedores disponibilizem comunicações descriptografadas; (ii) regulamentação de instrumentos financeiros; (iii) exigências de uso de redes controladas pelo governo (por ex. de Bancos Centrais); (iv) medidas adotadas para fiscalizar mercados financeiros; e (v) compras governamentais.	Favorável, com acompanhamento A cláusula parece compatível com a legislação brasileira e as exceções (para compras governamentais, regulamentação financeira, exigências judiciais, etc.) parecem suficientemente amplas para garantir que não haja obstáculos a políticas públicas legítimas. Como se trata de tema novo, seria conveniente acompanhar os efeitos práticos da cláusula adotada nos acordos dos EUA ao longo do tempo, para melhor compreensão dos impactos. Ademais, como a cláusula é atípica em acordos de comércio digital, cabe avaliar a possibilidade de negociá-la (como moeda de troca) em outro contexto, tendo em conta os interesses do Brasil em uma negociação comercial mais ampla com os EUA.	
Solução de controvérsias	Não há cláusula sobre o tema no Acordo entre EUA e Japão; no USMCA, aplicamse as disposições gerais sobre solução de controvérsias do Acordo (consultas, oportunidade de conciliação, e painéis arbitrais).	Favorável à inclusão do tema – Parece recomendável, em linha com a prática mais usual nos acordos comerciais internacionais, que seja inserida cláusula de solução de controvérsias em um possível acordo com os EUA, o que garantiria maior previsibilidade e segurança jurídica.	
Tributação	Previsão de disciplinas detalhadas sobre o tratamento tributário não discriminatório dos "produtos digitais", abrangendo quaisquer tributos indiretos ou mesmo tributos diretos (sobre a renda, por exemplo) que de algum modo se relacionem à compra ou consumo desses produtos. Há exceções relativas a tratamento discriminatório resultante de (i) tratados para evitar dupla tributação, (ii) medidas tributárias já existentes na data da entrada em vigor do acordo, (iii) medidas não discriminatórias voltadas para garantir a arrecadação equitativa de tributos, e (iv) condições para obter incentivos fiscais.	Contrária – Na ausência de consenso global sobre a questão da tributação de produtos e serviços digitais, embora um acordo com os EUA pudesse servir como incentivo para evitar certos tipos de tributação eventualmente vistos como indesejáveis, sugere-se cautela quanto à inserção de disposição dessa natureza em um tratado bilateral sobre comércio digital. A sensibilidade do tema e os debates globais em andamento (especialmente na OCDE) – e ainda os eventuais riscos de que a inserção da cláusula possa dificultar a própria ratificação do acordo no Brasil – sugerem que os foros e soluções multilaterais seriam mais apropriados para esta discussão.	

Embora o escopo deste documento esteja restrito a posições de consenso das entidades que realizaram o estudo sobre cláusulas usualmente negociadas pelos EUA, vale salientar que pode haver outras cláusulas relativas ao comércio eletrônico que podem interessar ao setor privado e ao governo brasileiro, a exemplo de cláusulas de cooperação para incentivar o desenvolvimento da economia digital e a harmonização regulatória para a facilitação de negócios internacionais.



1 INTRODUÇÃO E QUESTÕES CONCEITUAIS

O governo brasileiro, procurando abrir caminho para negociações de um acordo de livre comércio mais amplo, vinha recentemente negociando com os Estados Unidos (EUA) acordos em áreas específicas¹, que poderiam ser aprovados com maior celeridade, dentre as quais o comércio eletrônico ou digital². As negociações de um possível acordo plurilateral sobre o tema no âmbito da OMC, com participação do Brasil, também vêm avançando³.

Diante desse cenário, a Confederação Nacional da Indústria (CNI), Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (BRASSCOM) e Mercado Livre formaram uma força-tarefa para: (i) compreender os aspectos mais relevantes, interesses e impactos das negociações em andamento de acordos internacionais sobre o comércio digital ou eletrônico; e (ii) colaborar e apresentar sugestões de posicionamento ao governo brasileiro que estejam alinhadas aos interesses do setor privado nessa área.

O comércio digital tem crescente importância para a economia global. Como reconhecido pela própria OMC, a pandemia da Covid-19 acelerou a transformação digital, intensificando as atividades online e revelando a crucial importância do comércio digital para a recuperação econômica global.

Segundo um estudo da NeoTrust, o faturamento do comércio digital no Brasil atingiu R\$ 75,1 bilhões em 2019, representando uma alta de quase 23% em relação a 2018. Em 2020, em meio aos desafios criados pela pandemia do coronavírus, o comércio digital brasileiro apresentou uma variação de receita de 68,1% em comparação com o ano anterior, chegando a R\$ 126,3 bilhões⁴.

¹ DIAS, Marina. Setor privado quer acordo comercial Brasil-EUA até eleição americana. Folha de São Paulo, São Pulo, 4 jul. 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/setor-privado-quer-acordo-comercial-brasil-eua-ate-eleicao-americana.shtml?origin=uol. Acesso em: 14 maio 2021.

² Neste relatório utilizaremos os termos "comércio eletrônico" e "comércio digital" de maneira intercambiável.

³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Negotiations on e-commerce continue, eyeing a consolidated text by the end of the year.** Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/ecom_26oct20_e.htm. Acesso em: 14 maio 2021.

⁴ Relatório produzido pela NeoTrust, em parceria com o Movimento Compre & Confie e o Projeto E-Commerce Brasil, mantido por diversas empresas que atuam no comércio digital no Brasil. Disponível em: https://cdn.compreconfie.com.br/neotrust/Relat%C3%B3rio_6%C2%BA_Ed.pdf

Além da evidente importância econômica, é preciso considerar também outros potenciais impactos de ordem jurídica e regulatória, tendo em conta que os acordos internacionais mais recentes sobre o comércio digital, especialmente os dos EUA, vêm apresentando abrangência temática significativa.

É fundamental, nesse contexto, compreender a relevância e o impacto das regras sobre o comércio digital negociadas em acordos internacionais.

Ainda não há uma definição uniforme para os termos "comércio digital" ou "comércio eletrônico" nos acordos internacionais. Quando foi criado o *Programa de Trabalho sobre Comércio Eletrônico* na OMC, em 1998, o comércio eletrônico foi definido, de forma não vinculante e apenas para fins das discussões no âmbito do Programa, como a "*produção*, *distribuição*, *marketing*, *venda ou entrega de bens e serviços por meios eletrônicos*" ⁵.

Nos acordos regionais ou bilaterais mais recentes sobre o tema, geralmente não tem sido adotada qualquer definição de "e-commerce" ou "digital trade". Ambos os termos parecem ser usados de modo intercambiável nas negociações, sem que a terminologia impacte o conteúdo das disciplinas negociadas. No texto dos acordos propriamente, a abordagem mais usual tem sido prever apenas que seu escopo abrange quaisquer medidas que afetem o comércio *por meios eletrônicos*, seja de bens ou de serviços, sem procurar definir (leia-se, restringir) o que é essa espécie de comércio⁶.

Alguns acordos – em especial os celebrados pelos EUA, como se verá adiante – definem "produtos digitais", para se referir a vídeos, imagens, músicas, software, textos e outros conteúdos que podem ser distribuídos eletronicamente. Tal definição está relacionada a cláusulas que visam disciplinar a tributação desses "produtos digitais", e não ao escopo dos acordos sobre comércio eletrônico (ou digital). Os acordos disciplinam tanto medidas que afetam o comércio desses "produtos digitais" quanto o de quaisquer outros, desde que ocorra *por meios eletrônicos*.

A ausência de qualquer definição restritiva de comércio eletrônico ou digital nos acordos internacionais, combinada com a estratégia de prever que tais acordos se aplicam a quaisquer medidas que *afetam* o comércio por meios eletrônicos, faz com que seu escopo possa ser efetivamente bastante abrangente. A depender das cláusulas negociadas, eles podem impactar não apenas o comércio de *bens* e *serviços* (quando realizado de forma eletrônica),

⁵ Ver o documento WT/L/274 da OMC, de 30/09/1998 – Work Programme on Electronic Commerce, Adopted by the General Council on 25 September 1998.

⁶ Note-se que o recente Acordo sobre Comércio Eletrônico do Mercosul, cujas negociações foram concluídas no fim de 2020, prevê a mesma definição do Programa de Trabalho da OMC. Juridicamente, parece difícil compreender como atividades de *produção*, por exemplo, poderiam ser entendidas propriamente como "comércio". De todo modo, o propósito da definição não parece ter sido restringir, mas sim procurar inserir na definição qualquer aspecto ou etapa do comércio de bens e serviços que se dê por meio eletrônico e que ficasse fora das disciplinas acordadas. Sendo este o caso, provavelmente não haverá diferença prática, mas parece tecnicamente preferível a abordagem (que é mais usual) de não prever qualquer definição específica de "comércio eletrônico".

mas também fluxos de dados, direitos de propriedade intelectual e até mesmo medidas regulatórias relativas a mercadorias físicas (por exemplo, bens que usam criptografia).

Essa percepção sobre a abrangência do que está em jogo nos acordos sobre comércio eletrônico (ou digital) está em linha com as explicações do *Office of the U.S. Trade Representative* (USTR):

Digital trade is a broad concept, capturing not just the sale of consumer products on the Internet and the supply of online services, but also data flows that enable global value chains, services that enable smart manufacturing, and myriad other platforms and applications. Some portion of nearly every business is digitally enabled, and every industry leverages digital technology to compete internationally.

É a partir desta concepção bastante abrangente que os EUA vêm procurando moldar a agenda das negociações comerciais sobre o comércio eletrônico, ou o que preferem denominar comércio digital. Trata-se de delimitar a margem de manobra (*policy space*) para medidas governamentais de diversos tipos que possam de qualquer modo impactar transações por meio eletrônico.

Nesse contexto, este documento tem como escopo avaliar os interesses brasileiros com relação às disciplinas sobre comércio digital propostas pelos EUA, o que será útil para posicionamento tanto nas negociações com os próprios EUA quanto com outros países, inclusive nas discussões sobre comércio eletrônico no âmbito multilateral, em função da mencionada abrangência das cláusulas em discussão.



2 A RELEVÂNCIA DOS ACORDOS DE COMÉRCIO DIGITAL

A digitalização da economia que vem ocorrendo nos últimos anos tem resultado em redução dos custos para a participação no comércio internacional, facilidade na criação de conexão entre empresas e consumidores e alterações nas cadeias globais de valor, fatores que influenciam também a forma com que as empresas participam do comércio global⁷.

O aumento da importância do comércio digital e dos fluxos de dados fez com que o tema entrasse na agenda de negociações comerciais entre os países. O primeiro acordo regional a incluir um capítulo específico para comércio digital foi o Acordo de Livre Comércio entre Austrália e Cingapura, que entrou em vigor no ano de 2003.

De acordo com levantamento publicado pelo *International Centre for Trade and Sustainable Development* (ICTSD) e pelo *Inter-American Development Bank* (IDB), até agosto de 2017, havia ao menos 69 acordos regionais ou bilaterais de comércio que incluíam capítulos ou cláusulas dedicadas especificamente ao comércio digital, incluindo acordos negociados que ainda não se encontravam em vigor⁸.

Embora o número de acordos incluindo cláusulas ou capítulos de comércio digital venha crescendo nos últimos anos, nota-se que o perfil das disposições negociadas ainda é heterogêneo. Os assuntos abordados incluem regras de comércio, acesso a mercados, telecomunicações, ambiente regulatório, proteção de propriedade intelectual, comércio sem papel e cooperação técnica, por exemplo.⁹

Até o momento, o Brasil possui somente três acordos bilaterais negociados com disposições específicas sobre o comércio digital. No Acordo de Livre Comércio celebrado com o Chile, assim como no acordo entre Mercosul e União Europeia, há capítulos dedicados ao

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Trade in Digital Era**. mar. 2019. Disponível em: https://www.oecd.org/going-digital/trade-in-the-digital-era.pdf. Acesso em: 14 maio 2021.

⁸ WU, Mark. **Digital trade-related provisions in regional trade agreements**: existing models and lessons for the multilateral trade system. 2017. Disponível em: https://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/RTA-Exchange-Digital-Trade-Mark-Wu-Final-2. pdf. Acesso em: 14 maio 2021.

⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **World trade report 2018**: the future of world trade. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr18_e.htm. Acesso em: 14 maio 2021.

tema. Já no âmbito intrabloco, em dezembro de 2020 os países-membros finalizaram a negociação de um Acordo sobre Comércio Eletrônico do Mercosul, que entrará em vigor depois que for ratificado por ao menos dois países-membros.

Além das iniciativas regionais e bilaterais de inclusão de capítulos e cláusulas sobre comércio digital em acordos comerciais mais abrangentes, há ainda uma iniciativa plurilateral de negociação de um acordo sobre comércio eletrônico no âmbito da OMC. As negociações foram oficialmente lançadas em 2019 e já contam com a participação de 86 membros. Inclusive, o Brasil já é um membro ativo nas negociações que estão ocorrendo na OMC.

Os números do comércio eletrônico no Brasil são bastante expressivos e apresentam tendência de crescimento. Em 2020, o varejo online atingiu 301 milhões de pedidos, representando uma alta de 68,5% com relação ao ano de 2019, com cerca de 20,2 milhões de novos consumidores. A média de compras por consumidor no período de um ano também aumentou de 6 para 7, com um gasto médio 23,4% maior com relação ao ano de 2019¹⁰.

Já com relação à utilização do comércio eletrônico pelas empresas brasileiras, estudo publicado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) sobre o tema traz dados interessantes para que se compreenda o *status* atual de inserção das empresas nacionais na economia digital¹¹. De uma amostra de 415 empresas do setor industrial do Brasil que responderam à pesquisa realizada pela CNI, 311 afirmaram realizar alguma operação de comércio por meio eletrônico.

Dentre essas empresas, 82% afirmaram realizar tais operações no Brasil, ao passo que apenas 25% informaram que realizam operações no exterior. Importante ressaltar que, dentre os países que mais vendem para as empresas brasileiras através do comércio eletrônico, os EUA despontam como principal parceiro. Por outro lado, as vendas das empresas brasileiras concentram-se majoritariamente na América do Sul.

Mensurar o mercado ou as oportunidades do comércio digital globalmente é uma tarefa extremamente difícil, razão pela qual não há uma abundância de dados publicados sobre o tema. De acordo com a UNCTAD, essa falta de dados sobre o comércio digital global

¹⁰ Relatório produzido pela NeoTrust, em parceria com o Movimento Compre & Confie e o Projeto E-Commerce Brasil, mantido por diversas empresas que atuam no comércio digital no Brasil. Disponível em: https://cdn.compreconfie.com.br/neotrust/Relat%C3%B3rio_6%C2%BA_Ed.pdf. Vale observar que uma transação típica de e-commerce B2C (business to consumer) via plataformas digitais pode envolver tanto regras sobre o "comércio digital" (serviços de marketing, de pagamento, fluxos de dados, etc.) quanto regras tradicionais sobre o comércio de bens, na hipótese de entrega de mercadoria física. Se a transação for internacional, os aspectos alfandegários e regulatórios serão normalmente disciplinados pelas regras tradicionais (GATT e outros acordos), não pelas novas regras sobre o comércio digital.

¹¹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. A utilização do comércio eletrônico pelas empresas industriais brasileiras. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/85/c2/85c23278-ecd9-4cc0-8728-e6bd4eca03ce/utilizacaoecommerceempresasbrasil.pdf. Acesso em: 14 maio 2021.

constitui uma lacuna importante nas ferramentas necessárias para que os governos possam implementar políticas públicas necessárias para o desenvolvimento do tema¹².

Nesse sentido, a UNCTAD criou, em 2019, um Grupo de Trabalho sobre Mensuração do E-commerce, que tem tentado produzir dados e suprir a lacuna existente. O último relatório, publicado em 2020, possui dados sobre comércio eletrônico global em 2018¹³.

De acordo com a pesquisa da UNCTAD, que inclui dados de vendas realizadas entre empresas (B2B) e entre empresas e consumidores finais (B2C), as transações realizadas utilizando comércio eletrônico em 2018 atingiram U\$S 25,6 trilhões, o que representou um aumento de 8% com relação ao ano anterior. Esse valor representou cerca de 30% do produto interno global naquele ano.

Além disso, a UNCTAD estimou que 1,45 bilhão de pessoas, ou cerca de um quarto da população mundial, fizeram alguma compra online em 2018. O país com maior número de cidadãos que realizaram compras online em 2018 foi a China (estima-se que, do total de consumidores, 610 milhões sejam chineses). A China também desponta no terceiro lugar da lista de países que mais realizaram vendas online, ficando atrás somente de EUA e Japão.

Diante do exposto, é perceptível a existência de uma movimentação internacional no sentido de trazer o comércio eletrônico para o centro do debate, buscando não só um melhor entendimento sobre o tema, mas também a criação de disciplinas cada vez mais aprofundadas, em geral visando garantir que esse tipo de comércio possa fluir tão livremente quanto possível de intervenções governamentais.

Nesse cenário, é importante que o Brasil tenha um posicionamento estratégico alinhado com os interesses do setor privado nacional, que poderá ser impactado pelas disciplinas que venham a ser negociadas em novos acordos.

Em linha com os objetivos delineados para o presente projeto, como primeira etapa na busca da compreensão dos potenciais impactos e interesses brasileiros, serão examinadas as disciplinas propostas pelos EUA, tendo em conta as discussões recentes sobre um possível acordo com o Brasil.

¹² UNCTAD. **Measuring e-commerce and the digital economy**. Disponível em: https://unctad.org/topic/ecommerce-and-digital-economy/measuring-ecommerce-digital-economy. Acesso em: 14 maio 2021.

¹³ UNCTAD. **UNCTAD estimates of global e-commerce 2018**. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/tn_unctad_ict4d15_en.pdf. Acesso em: 14 maio 2021.



3 ANÁLISE DA AGENDA DOS EUA EM ACORDOS DE COMÉRCIO DIGITAL

Para compreender o posicionamento dos EUA no âmbito de acordos de comércio digital, foi utilizado, como principal referência, o texto negociado com o Japão. Também foi considerado o texto do USMCA. Os textos são muito similares e constituem o benchmark mais atual da posição estadunidense em negociações sobre comércio digital.

Para a análise de posicionamentos porventura já adotados pelo Brasil sobre as cláusulas em discussão com os EUA, foram utilizados como referências principais os capítulos sobre comércio eletrônico negociados no Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile e no Acordo entre Mercosul e União Europeia. Também foram examinadas disposições pertinentes da legislação nacional, para avaliar em que medida há compatibilidade com as disciplinas propostas pelos EUA e, conforme o caso, sugerir posicionamentos conciliatórios que evitem insegurança jurídica.

A tabela abaixo sumariza as disciplinas que fazem parte da agenda proposta pelos EUA, demonstrando que diversos temas importantes – como tributação interna, responsabilidade de plataformas de Internet e certas disposições sobre propriedade intelectual – ultrapassam a abrangência dos acordos já negociados pelo Brasil com o Chile e pelo Mercosul com a União Europeia:

Temas tratados no Acordo EUA x Japão	Há tratamento do tema?	
Temas tratados no Atordo EUA x Japão	Brasil x Chile	Mercosul x UE
Definições	Sim	Sim
Disposições gerais e escopo	Sim	Sim
Exceções gerais	Sim	Sim
Exceções de segurança nacional	Sim	-
Exceção prudencial e de política monetária e cambial	-	-
Tributação interna	-	-
Tarifas aduaneiras	Sim	Sim
Não discriminação no tratamento de produtos digitais	Sim	-
Marco legal para transações eletrônicas	Sim	-
Autenticação e assinaturas eletrônicas	Sim	Sim

Temas tratados no Acordo EUA x Japão	Há tratamer	nto do tema?
Temas tratados no Acordo EUA x Japao	Brasil x Chile	Mercosul x UE
Transferência internacional de dados	Sim	-
Localização de infraestrutura computacional	Sim	-
Localização de infraestrutura computacional para serviços financeiros	-	-
Proteção online dos consumidores	Sim	Sim
Proteção de dados pessoais	Sim	
Comunicações comerciais eletrônicas não solicitadas (spam)	Sim	Sim
Código-fonte (proteção de propriedade intelectual)	-	-
Serviços interativos de computação (limites de responsabilidade de plataformas intermediárias)	-	-
Segurança cibernética	Sim	-
Dados governamentais abertos	-	-
Bens de TI que usam criptografia (proteção de propriedade intelectual)	-	-
Solução de controvérsias *	Sim	Sim

^{*} Cláusula não inserida no Acordo entre EUA e Japão

A análise dos temas mencionados resultou em uma classificação das cláusulas que fazem parte da agenda proposta pelos EUA em três grupos: (i) propostas avaliadas como positivas e incontroversas; (ii) propostas avaliadas a princípio como positivas, mas que exigem atenção ou aprimoramento; e (iii) propostas avaliadas como controversas ou potencialmente incompatíveis com políticas públicas e legislação interna.

3.1 PROPOSTAS AVALIADAS COMO POSITIVAS E INCONTROVERSAS

3.1.1 DADOS GOVERNAMENTAIS ABERTOS

Definição / Propósito	Obrigações de aprimoramento da transparência e da acessibilidade aos dados governamentais, sob a premissa de que o amplo acesso a informações governamentais pelo público pode contribuir para incentivar a economia e os negócios, o desenvolvimento social, a competitividade e a inovação.
	Os acordos EUA x Japão (Artigo 20) e o USMCA apresentam obrigações de melhores esforços sobre o tema, com o reconhecimento das partes de que a facilitação do acesso e uso das informações governamentais pelo público incentiva a economia e o desenvolvimento social, bem como a competitividade e a inovação.
Posição dos EUA	Há também obrigação de empenhar melhores esforços para que as informações públicas sejam disponibilizadas em formato legível por máquina e aberto e que possa ser pesquisado, recuperado, usado, reutilizado e redistribuído. Por fim, há previsão de que as partes deverão se empenhar em cooperar para identificar formas pelas quais cada parte possa ampliar o acesso e o uso das informações governamentais que a parte tenha tornado pública, com vistas a aumentar e gerar oportunidades de negócios, especialmente para as pequenas e médias empresas.

Não foi identificada posição oficial do Brasil sobre o tratamento desse tema em acordos internacionais. No âmbito interno, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) marca um importante movimento de regulação do acesso a informações detidas pelo governo. O art. 8º, §3º da lei Posição prevê inclusive a disponibilização de informações em formato legível por máquina. do Brasil Em linha com os princípios refletidos na Lei de Acesso à Informação, há uma importante iniciativa nacional, por meio do Portal Brasileiro de Dados Abertos (https://dados.gov.br/ pagina/dados-abertos), além de outros programas que têm sido implementados em diferentes esferas da administração pública no Brasil. O tema dos dados governamentais abertos tem sido discutido e incluído em acordos internacionais, normalmente no sentido de que as partes empenhem seus melhores esforços para facilitar o acesso a informações governamentais. A disposição negociada entre EUA e Japão, além de compatível com a legislação brasileira e com iniciativas da administração pública no Brasil, é positiva por reforçar o comprometimento Comentários dos governos com a transparência e abertura de informações para empresas e cidadãos de modo geral. Embora a obrigação seja apenas de melhores esforços, a inserção em tratado internacional poderia inclusive servir ao propósito de evitar retrocessos e de incentivar o aprimoramento dos mecanismos de transparência já existentes na legislação nacional.

3.1.2 COMUNICAÇÕES COMERCIAIS ELETRÔNICAS NÃO SOLICITADAS

Definição / Propósito	Assegurar a existência de meios para prevenir o recebimento de comunicações eletrônicas não solicitadas (<i>spam</i>), bem como a possibilidade de responsabilizar aqueles que enviem esse tipo de comunicação.
Posição dos EUA	A cláusula (Artigo 16) sobre " <i>unsolicited comercial electronic messages</i> " (definidas como e-mail para fins comerciais ou de marketing) no Acordo entre EUA e Japão prevê que cada parte terá a obrigação de adotar/manter medidas que:
	(i) exijam que provedores de comunicações comerciais eletrônicas não solicitadas permitam que destinatários possam evitar a contínua recepção dessas mensagens;
	(ii) exijam o consentimento de destinatários, conforme as respectivas leis nacionais, para receber comunicações eletrônicas comerciais; e
	(iii) disponibilizem medidas (" <i>recourse</i> ") contra provedores de comunicações comerciais eletrônicas que não observem as obrigações acima.
	O USMCA (Artigo 19.13) contém disposição praticamente idêntica, com a inserção de uma cláusula de melhores esforços para possibilitar que consumidores evitem a recepção de mensagens eletrônicas não solicitadas por outros meios (além do e-mail) e de uma cláusula de cooperação entre as partes sobre o tema.
	As posições dos EUA refletem disposições da legislação norte-americana, em particular o "CANSPAM Act of 2003".

Posição do Brasil

A disposição sobre comunicações comerciais eletrônicas não solicitadas (Artigo 10.14) do Acordo entre Brasil e Chile contém texto praticamente idêntico ao negociado entre EUA e Japão, apenas com o acréscimo de uma disposição sobre cooperação entre as partes. O texto corresponde ao negociado entre as partes do TPP.

Na proposta mais recente do Brasil no âmbito da OMC (de julho de 2019), no entanto, o Brasil adotou posição mais conservadora, prevendo apenas que as partes devem se empenhar ("endeavor to") em evitar que mensagens comerciais não solicitadas sejam enviadas sem consentimento e em garantir que o consumidor possa solicitar a interrupção a qualquer tempo e sem custos.

A legislação brasileira ainda não regulamenta especificamente a questão do "spam". Há, porém, princípios relativos à transparência e à proteção da privacidade previstos no Marco Civil da Internet e no Código de Defesa do Consumidor que podem eventualmente ser usados no combate à prática de spam. Também a LGPD pode ter papel importante nesse sentido, na medida em que se trate de e-mails pessoais ou e-mails corporativos que permitam a identificação de pessoas naturais.

Há, ainda, diversos projetos de lei que visam regulamentar o envio de comunicações de marketing não solicitadas, tanto por e-mail quanto por SMS e telefone.

Comentários

Como o Brasil já negociou com o Chile cláusula idêntica à prevista no (CP)TPP, que por sua vez corresponde à posição dos EUA, a aceitação da cláusula tal como proposta pelos EUA não representaria novidade em relação a compromissos internacionais já assumidos pelo Brasil.

Os princípios refletidos na proposta dos EUA (de exigir de alguma maneira o consentimento para o recebimento de e-mails para fins de marketing, e de garantir o "opt-out") são compatíveis com princípios já previstos na legislação brasileira e parecem refletir boa política pública.

Tecnicamente, porém, para garantir a plena compatibilidade entre a legislação brasileira e a proposta, seria desejável que houvesse regulamentação específica no Brasil, em particular para definir como se dá o consentimento (por exemplo, por "opt-in") e para prever remédios na hipótese de mensagens que não prevejam ou não implementem o "opt-out" de maneira apropriada.

Nesse sentido, a inserção da disposição em mais acordos internacionais pode inclusive encorajar a adoção de regulamentação interna mais eficaz sobre o tema.

3.1.3 SEGURANÇA CIBERNÉTICA

Definição / Propósito

Propiciar um aumento da confiança no comércio digital por meio da propagação e manutenção de um ambiente digital seguro, em especial no que diz respeito à adoção de melhores práticas de proteção de sistemas e efetividade na resposta a eventuais incidentes.

Posição dos EUA

Os acordos entre EUA e Japão (Artigo 19) e o USMCA (Artigo 19.15) contêm cláusulas idênticas prevendo que as partes se empenharão em desenvolver as capacidades das respectivas autoridades competentes responsáveis pela resposta a incidentes de segurança cibernética e fortalecer os mecanismos de colaboração existentes para identificar e mitigar intrusões maliciosas ou disseminação de código malicioso que afetam redes eletrônicas.

Além disso, os acordos indicam preferência por abordagens baseadas em risco para tratar de ameaças à segurança cibernética, sendo que cada parte deve se empenhar em empregar e incentivar as empresas em seu território a usar tais abordagens, com base em padrões consensuais e melhores práticas de gestão de riscos para identificar e proteger contra riscos, bem como reagir a eventos de segurança cibernética.

O Acordo entre Brasil e Chile (Artigo 10.11) contém cláusula sobre cooperação em assuntos de segurança cibernética, em que as partes apenas "reconhecem a importância de desenvolver": (i) as capacidades de suas entidades nacionais responsáveis em matéria de segurança cibernética; (ii) mecanismos de colaboração para cooperar na identificação e mitigação de práticas maliciosas que afetem as redes eletrônicas, os dados pessoais dos usuários, ou a proteção contra o acesso não autorizado a comunicações privadas; e (iii) mecanismos de colaboração sobre a identificação e mitigação de práticas criminosas como pedofilia, tráfico de drogas e apologia a outros crimes. Posição do Brasil Na proposta mais recente do Brasil no âmbito da OMC (de julho de 2019), o Brasil propôs breve cláusula no sentido de que as partes se empenhem em aprimorar seus mecanismos de prevenção e resposta a incidentes de segurança cibernética, podendo adotar, dentre outras, abordagens baseadas em risco. No âmbito interno, o Decreto nº 10.222/2020 aprovou a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética. O documento descreve diversos êxitos temáticos, incluindo o âmbito normativo, em que recomenda "a elaboração de uma lei específica sobre Segurança Cibernética, capaz de dar diretrizes específicas para o setor cibernético nacional". Tanto na posição dos EUA quanto na do Brasil, o tema da segurança cibernética é tratado apenas no sentido de que as partes colaborem para incrementar a prevenção e a resposta a incidentes. A pequena diferença diz respeito ao reconhecimento expresso na posição dos EUA de que abordagens baseadas em risco tendem a ser mais eficazes que regulamentações prescritivas, o que tampouco gera obrigação específica quanto à regulamentação interna. Comentários Diante da linguagem não vinculante, limitada a meros esforços de colaboração, não parece haver qualquer razão para oposição à posição dos EUA. Caberia eventualmente considerar, a depender dos interesses setoriais, se seria conveniente propor mecanismos mais institucionalizados e/ou específicos de colaboração nesse tema.

3.1.4 PROTEÇÃO AOS CONSUMIDORES

Definição / Propósito	Assegurar a adoção de medidas efetivas de proteção dos consumidores no âmbito do comércio digital.
Posição dos EUA	 O Acordo entre EUA e Japão prevê, com relação à proteção dos consumidores (Artigo 14): (1) o reconhecimento pelas partes da importância de adotar e manter medidas transparentes e eficazes para proteger consumidores de atividades fraudulentas e enganosas no comércio digital; (2) a obrigação de adoção e manutenção de legislação de proteção aos consumidores, para impedir atividades fraudulentas e enganosas que lhes causem dano ou potencial dano no comércio digital. O USMCA (Artigo 19.7) inclui ainda disposições sobre cooperação entre as autoridades de cada
	parte para aprimorar a proteção e o bem-estar dos consumidores.
Posição do Brasil	No Acordo entre Brasil e Chile (Artigo 10.7), bem como no Acordo entre Mercosul e União Europeia (Artigo 49), há disposições semelhantes às encontradas nos Acordos celebrados pelos EUA, reconhecendo a importância da proteção do consumidor no meio digital e obrigando as partes a adotarem legislação para proibir práticas comerciais fraudulentas e enganosas. Tal como no caso do USMCA, há também disposições sobre cooperação.
	Além disso, o Acordo entre Brasil e Chile, assim como o Acordo entre Mercosul e UE (Artigo 49), e as propostas do Brasil na OMC preveem algumas disposições mais detalhadas sobre a proteção de consumidores, incluindo referências à proteção da saúde e segurança de consumidores e obrigações de adotar medidas para garantir que clientes, antes da realização de compras em meio eletrônico, recebam informações claras sobre condições de entrega, prazos, preços e possíveis encargos adicionais na importação, garantia e direitos de indenização.
Comentários	As posições dos EUA são compatíveis com a legislação brasileira, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) prevê obrigações inclusive mais abrangentes e aprofundadas de proteção dos consumidores, que são aplicáveis a transações realizadas em meio digital. Da mesma forma, há cláusulas mais detalhadas nos Acordos entre Brasil e Chile e entre Mercosul e União Europeia, o que sugere que o Brasil pode negociar inclusive padrões mais elevados de proteção de consumidores que os propostos pelos EUA nos capítulos sobre comércio digital.

3.1.5 MARCO LEGAL PARA TRANSAÇÕES ELETRÔNICAS

Definição / Propósito	Assegurar que as partes adotem um conjunto de regras mínimas (conforme parâmetros internacionais) para regular as transações eletrônicas, inclusive evitando ônus desnecessários sobre transações eletrônicas.
Posição dos EUA	Os Acordos entre EUA e Japão (Artigo 9º) e USMCA (Artigo 19.5) contêm cláusulas idênticas prevendo que as partes devem manter regulamentação relativa a transações eletrônicas que seja compatível com os princípios da Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico da UNCITRAL, de 1996.
	Os Acordos preveem, ainda, que as partes devem se empenhar para evitar ônus regulatórios excessivos em transações eletrônicas e para facilitar a contribuição de pessoas interessadas no desenvolvimento de sua estrutura legal que rege as transações eletrônicas.
Posição do Brasil	O Acordo entre Brasil e Chile (partindo da linguagem adotada no TPP) prevê cláusula quase idêntica à inserida nos Acordos dos EUA, exceto no que se refere à menção específica à Lei Modelo sobre Comércio Eletrônico da UNCITRAL.
	Em seu lugar, foi inserida a obrigação de manter um "marco legal que regule as transações eletrônicas e seja compatível com instrumentos internacionalmente reconhecidos".
Comentários	Os princípios essenciais da Lei Modelo da UNCITRAL envolvem não discriminação entre comunicações/documentos em papel ou em meio eletrônico, equivalência funcional e neutralidade dos meios utilizados para a realização de transações comerciais. O objetivo essencial é encorajar o uso de meios eletrônicos e garantir que valham tanto quanto os documentos físicos utilizados em transações comerciais.
	Não parece que haja incompatibilidade entre tais princípios e a legislação brasileira. A referência à Lei Modelo da UNCITRAL é inclusive mais precisa que a referência mais ambígua a "instrumentos internacionalmente reconhecidos" encontrada no Acordo entre Brasil e Chile, podendo-se argumentar que promove maior segurança jurídica.
	Com relação às obrigações de evitar ônus regulatórios desnecessários para transações eletrônicas e facilitar a participação de partes interessadas no desenvolvimento da regulamentação, trata-se apenas de melhores esforços, que de todo modo parecem refletir boas práticas.

3.1.6 AUTENTICAÇÃO E ASSINATURAS ELETRÔNICAS

Definição / Propósito	Assegurar o reconhecimento de assinaturas em formato eletrônico e de autenticação eletrônica para a formalização de transações e impedir a discriminação entre assinaturas físicas e eletrônicas.
Posição dos EUA	O Acordo entre EUA x Japão (Artigo 10) e o USMCA (Artigo 19.6) preveem disposições quase idênticas sobre autenticação e assinaturas eletrônicas.
	As cláusulas exigem que não seja recusada a validade de assinaturas apenas com base no fato de serem eletrônicas, salvo se previsto de outra forma na legislação nacional.
	Além disso, obrigam as partes a não adotar medidas que impeçam as partes de uma transação eletrônica de acordar qual seria o meio apropriado para a assinatura eletrônica dos documentos e de comprovar perante autoridades que é válida a assinatura eletrônica ou método de autenticação utilizado.
	As cláusulas contêm um esclarecimento de que, apesar das obrigações acima, pode ser exigida certificação de assinaturas eletrônicas para determinados tipos de transação, conforme a legislação nacional.
	Por fim, no caso do USMCA, prevê que cada parte deve encorajar o uso de autenticação eletrônica interoperável.

Posição do Brasil	A linguagem adotada no Artigo 10.6 do Acordo entre Brasil e Chile (partindo do texto do TPP) é a mesma prevista no USMCA, porém limitou-se a disciplinar a aceitação de assinaturas eletrônicas avançadas ou qualificadas, conforme definidas nas legislações nacionais, o que afasta a aplicabilidade a assinaturas eletrônicas simples. No Artigo 47 do Acordo entre Mercosul e União Europeia, foi adotada cláusula que cobre quaisquer assinaturas eletrônicas e serviços de autenticação, de maneira aparentemente até mais rigorosa que a posição dos EUA, pois não constam ressalvas expressas quanto às leis e regulamentos nacionais.
	Na proposta mais recente do Brasil apresentada no âmbito da OMC (de 08/07/2019), consta cláusula quase idêntica à adotada pelos EUA no USMCA.
	A recente Lei nº 14.063/2020 (conversão da Medida Provisória nº 983/2020) disciplina o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, sendo exigida a sua aceitação na forma qualificada e permitida em certos casos a aceitação das formas simples ou avançadas.
	Também é importante a Medida Provisória nº 2.200-2/2001, que instituiu a ICP-Brasil e cujo art. 10, §2º, contribui para esclarecer que não há restrições ao uso de assinaturas eletrônicas em transações entre particulares, em linha com a regra geral da livre forma dos contratos no Brasil.
Comentários	A posição adotada no Acordo entre Brasil e Chile não parece ser a mais desejável, porque limita as obrigações às assinaturas eletrônicas avançadas e qualificadas, deixando de alcançar, portanto, as assinaturas simples, que tendem a ser suficientes para a vasta maioria das transações realizadas em meio eletrônico.
	No Acordo entre Mercosul e UE, foi adotada linguagem similar, porém mais rigorosa que a posição dos EUA, pois não constam ressalvas expressas para casos em que a legislação nacional exija assinatura qualificada, ou mesmo em que não se admita assinatura eletrônica.
	Assim, a posição adotada pelos EUA parece a mais compatível com a legislação brasileira, pois as obrigações gerais estão em linha com as normas adotadas no país e há margem para exceções que podem ser previstas na própria legislação nacional.
	Uma eventual oportunidade de aprimoramento a considerar – no intuito de facilitar ainda mais as transações eletrônicas, reduzindo custos – poderia ser propor um acordo de reconhecimento mútuo de certificados de assinatura digital, a exemplo do que foi negociado no âmbito do Mercosul em dezembro de 2019.

3.1.7 TARIFAS ADUANEIRAS

Definição / Propósito	Assegurar que não sejam impostas tarifas aduaneiras a transmissões eletrônicas, inclusive no que se refere aos conteúdos transmitidos eletronicamente.
	O Acordo entre EUA e Japão (Artigo 7º) prevê que as partes não deverão impor tarifas aduaneiras sobre transmissões eletrônicas, incluindo conteúdo transmitido eletronicamente, entre os países.
Posição dos EUA	No USMCA (Artigo 19.3), há proibição semelhante, mencionando não somente tarifas aduaneiras, mas também quaisquer outras taxas ou encargos cobrados em conexão com a importação ou exportação de "produtos digitais" transmitidos eletronicamente (definição que inclui software, texto, vídeo, imagens, gravações de áudio ou outros produtos digitalizados).
	O USMCA também esclarece que a referida proibição não impede que uma parte imponha medidas de tributação interna, contanto que os tributos sejam impostos de maneira compatível com o Acordo.
	A ausência de tal esclarecimento no Acordo entre EUA e Japão se explica pelo fato de haver cláusula específica sobre tributação interna (Artigo 6º), que disciplina exaustivamente o tema.

Posição do Brasil	No Acordo entre Brasil e Chile (Artigo 10.3), assim como no Acordo entre Mercosul e União Europeia (Artigo 44), foi adotada cláusula com linguagem similar à adotada pelos EUA, proibindo a imposição de tarifas aduaneiras sobre transmissões eletrônicas.
	A cláusula não faz referência expressa ao conteúdo ou a "produtos digitais", nem a outras taxas ou encargos cobrados na importação ou exportação.
	A cláusula prevê, tal como no caso USMCA, que nada impedirá que as partes imponham medidas de tributação interna, contanto que de maneira compatível com os respectivos Acordos.
	Na OMC, o Brasil se posicionou no sentido de que tornar permanente a "moratória" aplicável a transmissões eletrônicas depende de um entendimento dos países-membros sobre a tributação do ambiente digital.
	Na proposta mais recente (de julho de 2019), o Brasil sugeriu cláusula que proíbe a imposição de tarifas, mas deixa claro que as partes podem adotar medidas de tributação interna sobre conteúdo transmitido eletronicamente ou sobre a renda e lucro auferidos com o comércio digital, contanto que de modo compatível com as regras da OMC e de maneira não discriminatória.
Comentários	O Brasil já assumiu obrigações internacionais de não imposição de tarifas aduaneiras sobre transmissões eletrônicas, fazendo a ressalva prevista nos Acordos sobre a possibilidade de impor medidas de tributação interna, contanto que compatíveis com as obrigações acordadas.
	O efeito da cláusula é tornar permanente a "moratória" existente no âmbito da OMC sobre transmissões eletrônicas, o que parece desejável e é compatível com a legislação nacional.
	Eventuais sensibilidades estariam relacionadas não propriamente à cláusula sobre tarifas aduaneiras, mas sim aos temas de não discriminação e tributação de produtos/serviços digitais, que são disciplinados por outras cláusulas que fazem parte da negociação.

3.2 PROPOSTAS AVALIADAS A PRINCÍPIO COMO POSITIVAS, MAS QUE EXIGEM ATENÇÃO OU APRIMORAMENTO

3.2.1 PROTEÇÃO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS

Definição / Propósito	Assegurar aos usuários do comércio digital a proteção de suas informações pessoais (nome, endereço, e-mail, etc.), por meio da adoção de legislação sobre o tema, de modo a fortalecer a confiança do consumidor ao adquirir bens e serviços por meios eletrônicos.
	O acordo entre EUA e Japão, principal referência para um potencial acordo a ser firmado pelos EUA com o Brasil, divide os dispositivos relativos à proteção de informações pessoais (Artigo 15) em quatro pontos:
	(1) obrigação de adotar uma legislação que disponha sobre a proteção de informações pessoais de usuários de comércio digital;
Posição dos EUA	(2) obrigação de publicar informações sobre proteção de informações pessoais de usuários de comércio digital incluindo sobre os remédios que podem ser buscados por pessoas naturais e sobre como empresas podem cumprir os requisitos legais;
	(3) obrigação de melhores esforços para que as partes desenvolvam mecanismos para promover a interoperabilidade entre os diferentes regimes jurídicos de cada parte; e
	(4) obrigação de assegurar o cumprimento das medidas de proteção de informações pessoais e garantir que quaisquer restrições aos fluxos transfronteiriços de informações pessoais sejam necessárias e proporcionais aos riscos apresentados.
Posição do Brasil	No acordo entre Brasil e Chile (Artigo 10.8), há disposições em parte semelhantes às encontradas no acordo entre EUA e Japão, prevendo a obrigação de adotar legislação para a proteção de dados pessoais e publicações de informações para que os usuários do comércio digital conheçam as normas sobre a proteção desses dados. Há também cláusula prevendo melhores esforços para que as normas sobre proteção de dados sejam aplicadas de modo não discriminatório, bem como cláusula de cooperação prevendo o intercâmbio de informações e experiências sobre as respectivas leis de proteção de dados pessoais, e o reconhecimento expresso de que a proteção é benéfica para aprimorar a confiança do consumidor no comércio digital.

A posição dos EUA (partindo da premissa de que seria mantido o mesmo texto negociado com o Japão) é, em sua maior parte, compatível com as posições adotadas pelo Brasil em outras negociações e com a legislação brasileira.

A LGPD (1) dispõe de maneira bastante abrangente sobre a proteção de dados pessoais e (2) há ampla publicidade das informações.

O ponto (4), contudo, traz alguma preocupação ao especificar que quaisquer restrições a fluxos internacionais de dados devem ser "necessárias" e "proporcionais", ainda que o motivo da restrição seja a proteção de dados pessoais. O alto grau de proteção conferido pela LGPD, que pode resultar em restrições de transferência internacional de dados, não necessariamente passaria em um "teste de necessidade" (que tem um sentido bastante específico nos acordos de comércio internacional), razão pela qual parece mais prudente não inserir o ponto (4) ou, no mínimo, evitar a inserção das qualificações "necessary" e "proportional".

Comentários

Vale observar que a União Europeia, diferentemente dos EUA, vem adotando em suas negociações recentes cláusula que claramente coloca a proteção de dados em hierarquia superior ao livre trânsito de dados. Para discussão deste tema, a posição da UE é um parâmetro importante, diante da semelhança da GDPR com a LGPD e do fato de que o tratamento dado pelo Brasil à transferência de informações para os EUA pode impactar o posicionamento da UE sobre a "adequação" do nível de proteção de dados pessoais conferido pelo Brasil.

Portanto, o posicionamento do Brasil nas negociações com os EUA deve levar em conta tais potenciais impactos externos ao próprio acordo.

Com relação ao ponto (3), referente à "interoperabilidade" entre os diferentes regimes jurídicos, não há qualquer incompatibilidade porque a obrigação é apenas de melhores esforços.

Nesse aspecto, poderia ser interessante considerar a oportunidade de propor algum entendimento que contribuísse para maior segurança jurídica, tanto no sentido de um reconhecimento expresso dos EUA no tocante à legitimidade das restrições previstas na LGPD, quanto no sentido de garantir o livre fluxo de dados entre Brasil e EUA, reduzindo custos para empresas. O "Privacy Shield" entre EUA e UE poderia ser considerado uma iniciativa com esse objetivo, mas a recente decisão do Tribunal de Justiça da UE invalidando o mecanismo gera incertezas, aumentando o desafio da identificação da melhor forma de equilibrar transferência internacional de dados e proteção de dados pessoais.

3.2.2 TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS

Definição / Propósito Garantir o livre trânsito de informações (inclusive dados pessoais) por meios eletrônicos entre os países signatários do acordo. O acordo entre EUA e Japão, em linha com outros acordos firmados pelos EUA, veda a proibição ou restrição da transferência eletrônica internacional de informações entre os países signatários para fins comerciais, como regra geral (Artigo 11.1). Como exceção (Artigo 11.2), o acordo prevê que somente podem ser adotadas restrições se forem necessárias para atingir um objetivo legítimo de política pública e contanto que (i) a medida não seja aplicada de maneira que constitua um meio de discriminação arbitrária ou injustificável ou uma restrição disfarçada ao comércio, e (ii) que as restrições à transferência de informações não sejam maiores do as necessárias para alcançar o objetivo pretendido.

A posição do Brasil, tanto no Acordo com o Chile (Artigo 10.12) quanto na proposta mais recente encaminhada no âmbito das discussões da OMC (em 08/07/2019), também prevê, como regra geral, que as partes devem permitir a transferência eletrônica internacional de informações para fins comerciais.

Porém, as exceções são bem mais flexíveis que as previstas nos acordos negociados pelos EUA. Na linguagem negociada/proposta pelo Brasil, cada parte pode adotar quaisquer restrições "para alcançar um objetivo de política pública", bastando que a medida não seja aplicada de maneira que constitua um meio de discriminação arbitrária ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional.

Posição do Brasil

Além disso, há um reconhecimento expresso de que cada parte pode "ter seus próprios requisitos regulatórios" sobre a transferência eletrônica de informações, o que reforça a autonomia das partes para impor restrições, por exemplo, para fins de proteção de dados pessoais, dentre outras políticas públicas.

No âmbito interno, a transferência internacional de dados é regulada pela LGPD (Lei nº 13.709/2018). A LGPD prevê hipóteses taxativas em que a transferência é possível, incluindo "para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei". Caso a autoridade competente (ANPD) considere que um país estrangeiro não oferece grau de proteção adequado, a transferência internacional pode ficar restrita, a depender do cumprimento de determinados requisitos previstos na lei.

A regra geral de permitir o livre trânsito internacional de informações eletrônicas está prevista tanto na posição dos EUA quanto na do Brasil. A regra geral é positiva, valendo reforçar no texto o compromisso das partes com o livre trânsito dos dados, inclusive como forma de incentivar a inovação orientada por dados, bem como com o objetivo de alcançar coerência regulatória nesta área.

A principal diferença entre as posições dos países em acordos já celebrados – de modo semelhante ao que ocorre com a cláusula sobre proteção de dados pessoais – encontra-se nas condições em que são permitidas, excepcionalmente, restrições à transferência internacional dos dados, para cumprir outros objetivos de política pública, como é o caso da proteção de dados pessoais.

Uma condição comum a ambas as posições é similar àquela prevista nas conhecidas "exceções gerais" do caput (*chapeau*) do GATT, qual seja a medida não pode ser uma restrição disfarçada ao comércio internacional e não pode constituir um meio arbitrário de discriminação.

Porém, na posição dos EUA, há uma importante condição adicional, que é o chamado "teste de necessidade": as restrições devem se limitar ao estritamente necessário para alcançar o objetivo da política pública em questão. Há uma jurisprudência específica sobre o teste de necessidade nos acordos de comércio internacional, que envolvem demonstrar, dentre outros aspectos, a efetiva contribuição da restrição para a política pública pretendida e a inexistência de medidas alternativas que sejam menos restritivas.

Comentários

A posição do Brasil não prevê qualquer teste de necessidade. Ao contrário, basta que exista um objetivo de política pública. Ou seja, mesmo que a restrição eventualmente pudesse ser criticada como desnecessária, não haveria violação do tratado internacional.

A inserção de um "teste de necessidade" pode eventualmente conflitar com restrições decorrentes da LGPD. Por tal razão, parece mais prudente que o Brasil procure manter posição semelhante à que foi negociada com o Chile e proposta na OMC, evitando assim o risco de incompatibilidade entre as disposições da LGPD e do tratado.

Como um parâmetro relevante em função da GDPR, vale observar que a posição da União Europeia na maioria dos seus acordos é de sequer incluir qualquer obrigação sobre livre transferência eletrônica internacional de dados. Em negociações mais recentes (com a Austrália e Nova Zelândia), há um compromisso de permitir o livre trânsito eletrônico, mas com uma ampla exceção (livre de quaisquer condições) para a proteção de dados pessoais.

Tal como observado nos comentários sobre a cláusula de proteção de dados pessoais, a negociação do Acordo com os EUA pode ser uma oportunidade para algum entendimento que promova maior segurança jurídica, preservando ao mesmo tempo a proteção de dados pessoais e garantindo que não haja restrições na transferência de dados entre EUA e Brasil. A tarefa não é simples e será preciso levar em conta possíveis impactos sobre a percepção da UE quanto à adequação da proteção de dados pessoais garantida pelo Brasil.

3.2.3 LOCALIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURA COMPUTACIONAL

Assegurar a liberdade em relação à localização de infraestrutura computacional (data centers). Definição / impedindo que uma parte imponha à outra obrigação de utilizar data centers nacionais, como Propósito condição para atuação em seu território. Os Acordos entre EUA e Japão (Artigo 12) e o USMCA preveem a obrigação de que uma parte não imponha a empresas da outra parte o uso ou a localização de infraestrutura computacional no seu território, como condição para permitir a condução de negócios na sua jurisdição. Posição No caso de instituições financeiras, há regras mais específicas previstas no Artigo 13 do Acordo dos EUA entre EUA e Japão e no Artigo 17.18 do USMCA (no capítulo sobre serviços financeiros). Além dessa ressalva, não há exceções específicas à proibição geral da imposição de requisitos de localização, embora sejam aplicáveis as exceções gerais similares às previstas no GATS. No Acordo entre Brasil e Chile (Artigo 14.13), também há proibição geral de uso ou localização de infraestrutura computacional, como condição para a condução de negócios no país. Porém, há uma exceção permitindo que as partes adotem medidas incompatíveis com a proibição geral para atingir objetivos de política pública, contanto que as medidas não constituam discriminação arbitrária ou injustificável, ou uma restrição disfarçada ao comércio. A linguagem é semelhante à adotada no (CP)TPP, porém sem o critério que as referidas medidas não seiam mais restritivas que o necessário para atingir o objetivo de política pública. Além disso, a cláusula, como reforço à autonomia regulatória, prevê o expresso reconhecimento de que as partes podem impor seus próprios requisitos regulatórios relativos ao uso de instalações informáticas, incluindo os requisitos que buscam garantir a segurança e a confidencialidade das comunicações. Nas propostas do Brasil à OMC, não consta cláusula sobre localização de infraestrutura computacional. No âmbito interno, chegou-se a cogitar a inserção de obrigatoriedade de localização de data centers no Brasil durante as discussões sobre o Marco Civil da Internet, mas a disposição foi Posicão retirada do projeto de lei antes da aprovação. Na área financeira, já houve restrições, mas a do Brasil Resolução 4.658/2018 do Banco Central passou a permitir o armazenamento de dados no Brasil ou no exterior. Debates legislativos sobre o tema também têm ocorrido com frequência. O PL das Fake News, por exemplo, continha exigência de localização de dados, que acabou sendo removida no Senado. Aparentemente, as únicas exigências explícitas de localização de dados vigentes se referem a dados produzidos ou mantidos por entidades da Administração Pública, conforme a Portaria nº 9/2018 do Gabinete de Segurança Institucional. Alguns dados de acesso restrito devem inclusive "residir exclusivamente em território brasileiro". Além disso, a LGPD prevê regras específicas sobre a transferência internacional de dados pessoais, que podem eventualmente resultar na necessidade de localização de dados no país, como consequência de uma restrição da transferência de dados a um país cujo nível de proteção de dados pessoais seja considerado inadequado. Por fim, nota-se que a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital prevista no Decreto nº 9.319/2018 prevê, dentre seus objetivos, "incentivos ao desenvolvimento de infraestrutura de telecomunicações e à atração de data centers ao País", o que não se confunde com a imposição de obrigações de localização de dados.

O debate central sobre este ponto diz respeito à conveniência ou não de impor requisitos de uso ou desenvolvimento de data centers locais, como forma de promover o desenvolvimento de infraestrutura de data centers no país. Há um amplo debate global sobre o tema, envolvendo aspectos de política industrial, segurança cibernética e proteção de dados. Aparentemente, predomina a avaliação de que a imposição de tais requisitos geraria altos custos e não seria a forma mais eficiente nem de promover o desenvolvimento do setor, nem de proteger a segurança ou a privacidade.

A regra geral proibindo a imposição da obrigação de uso ou localização de data centers no território nacional é comum às posições dos EUA e do Brasil, ao menos se considerado o texto aceito no Acordo com o Chile, embora ele não conte das propostas do Brasil na OMC.

Comentários

A diferença reside nas exceções. A posição dos EUA é de admitir somente exceções gerais, sujeitas aos rigorosos critérios previstos no Artigo XIV do GATS. No Acordo com o Chile, em que foi negociada cláusula similar à contida no TPP, o Brasil adotou posição mais conservadora, removendo o critério do "teste de necessidade" das políticas públicas que podem ser implementadas, as quais podem eventualmente resultar na exigência de localização de dados no país.

Essa posição mais conservadora parece justificável se consideradas as disposições da LGPD que podem eventualmente restringir a transferência internacional de dados, resultando na necessidade de localizá-los no país (ver comentários à cláusula sobre transferência transfronteiriça de informações eletrônicas).

Quanto às exigências de localização de dados por parte de entidades da administração pública, previstas na legislação brasileira, não parece que haja incompatibilidade, porque as obrigações previstas nos acordos internacionais não abrangem restrições a entidades do próprio governo.

3.2.4 LOCALIZAÇÃO DE ESTRUTURA COMPUTACIONAL PARA SERVIÇOS FINANCEIROS

Definição / Propósito

Assegurar a liberdade de prestadores de serviços financeiros em relação à localização de sua infraestrutura computacional (*data centers*), ressalvando, contudo, a necessidade de que autoridades nacionais competentes tenham pleno acesso às informações relacionadas às transações financeiras realizadas.

O Acordo entre EUA e Japão (Artigo 13) e o USMCA (Artigo 17.18, no capítulo sobre serviços financeiros) preveem regras específicas para instituições financeiras (definidas de modo abrangente, incluindo bancos, seguradoras, empresas de meios de pagamento, e outras) no que se refere à localização de infraestrutura computacional.

A regra geral é a mesma prevista na cláusula sobre localização de infraestrutura computacional aplicável a quaisquer setores: não podem ser impostas a instituições financeiras o uso ou a localização de *data centres* no território nacional como condição para permitir a condução de negócios na respectiva jurisdição.

Posição dos EUA

Porém, há uma condição para que seja aplicável a proibição: as autoridades regulatórias financeiras da parte devem ter acesso imediato, direto, completo e contínuo, para fins regulatórios e de supervisão, às informações processadas ou armazenadas no exterior. Tal acesso é reconhecido expressamente como "crítico para a regulação e supervisão financeira", de modo que é necessário eliminar quaisquer potenciais restrições.

Caso não haja acesso, na medida do possível, deve ser dada oportunidade à instituição financeira para remediar a questão, antes de exigir o uso de infraestrutura computacional local.

No caso do Artigo 17.18 do USMCA, há uma ressalva adicional prevendo que a cláusula não impedirá cada parte de adotar ou manter medidas de proteção de dados pessoais, privacidade, confidencialidade de registros e contas individuais, contanto que tais medidas não sejam aplicadas como forma de evadir as obrigações do Acordo.

No Acordo entre Brasil e Chile, não há disposições específicas sobre localização de infraestrutura computacional para serviços financeiros, de modo que é aplicável ao setor financeiro a cláusula geral sobre o tema (Artigo 14.13), incluindo a exceção permitindo que as partes adotem restrições para atingir objetivos de política pública, contanto que as medidas não constituam discriminação arbitrária ou injustificável, ou uma restrição disfarçada ao comércio. Nas propostas do Brasil à OMC, não consta qualquer cláusula sobre localização de infraestrutura computacional (seja geral ou específica para serviços financeiros). No âmbito interno, já houve restrições quanto ao processamento e armazenamento de dados relativos a serviços financeiros, mas a Resolução 4.658/2018 do Banco Central passou a permitir o armazenamento no Brasil ou no exterior. Atualmente, embora existam debates gerais sobre o tema da localização de dados, as únicas exigências explícitas vigentes se referem a dados produzidos ou mantidos por entidades da Administração Pública, conforme a Portaria nº 9/2018 do Gabinete de Segurança Institucional. Alguns dados de acesso restrito devem inclusive "residir exclusivamente em território brasileiro". Além disso, a LGPD prevê regras específicas sobre a transferência internacional de dados pessoais, que podem eventualmente resultar na necessidade de localização de dados no país, como consequência de uma restrição da transferência de dados a um país cujo nível de proteção de dados pessoais seja considerado inadequado. Por fim, nota-se que a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital prevista no Decreto nº 9.319/2018 prevê, dentre seus objetivos, "incentivos ao desenvolvimento de infraestrutura de telecomunicações e à atração de data centers ao País", o que não se confunde com a imposição de obrigações de localização de dados.

A posição dos EUA sobre a localização de infraestrutura computacional é menos rigorosa para serviços financeiros do que para outras atividades econômicas, pois reconhece a necessidade de acessar informações financeiras imediatamente, o que está relacionado a diversas políticas públicas, incluindo o combate à lavagem de dinheiro, corrupção e outros crimes.

A posição no USMCA é mais flexível que a posição no Acordo entre EUA e Japão, pois inclui um esclarecimento expresso sobre a possibilidade de adoção de medidas para a proteção de dados pessoais.

Comentários

Posição

do Brasil

Na hipótese de adoção de uma cláusula específica relativa à localização de infraestrutura computacional para serviços financeiros, a posição no USMCA seria preferível e mais compatível com a legislação brasileira, pois contribuiria para evitar questionamentos sobre a legitimidade das regras previstas na LGPD.

A linguagem incluída no USMCA de "não aplicar medidas como forma de evadir as obrigações do Acordo" parece suficientemente flexível e em linha com a posição mais conservadora adotada no Acordo entre Brasil e Chile (ver comentários acima sobre a cláusula de localização de infraestrutura computacional).

3.2.5 NÃO DISCRIMINAÇÃO

Garantir tratamento isonômico às empresas dos países signatários, de modo que uma parte Definição / não possa tratar os produtos digitais da outra parte de maneira menos favorável do que trata Propósito os seus próprios produtos, ou os produtos de outras origens. O Artigo 8º do Acordo entre EUA e Japão e o Artigo 19.4 do USMCA preveem uma abrangente obrigação de não discriminação (que funciona tanto como tratamento nacional quanto como cláusula de nação mais favorecida) de "produtos digitais". De acordo com a cláusula, o tratamento de produtos digitais de uma parte não pode ser menos favorável que o aplicado a quaisquer produtos digitais similares (sejam nacionais ou de outros países). Posição dos EUA Nos dois Acordos, há uma exceção específica para "subsidies or grants" concedidos por uma parte, incluindo empréstimo, garantias e seguro com apoio governamental. No caso do Acordo entre EUA e Japão, há ainda dois esclarecimentos: (i) a cláusula não impede que uma parte limite o nível de participação estrangeira em empresas de transmissão (broadcasting); e (ii) pode ser admitido tratamento discriminatório em relação a direitos de propriedade intelectual, em decorrência de tratados bilaterais nessa área.

Embora o TPP contenha disposições quase idênticas às incluídas no Acordo entre EUA e Japão, o Artigo 10.4 do Acordo entre Brasil e Chile prevê a seguinte disposição: "As Partes reconhecem que há um importante debate em foros internacionais, como a OMC, sobre a aplicação de tratamento não discriminatório no comércio realizado por meios eletrônicos. Consequentemente, as Partes comprometem-se a avaliar conjuntamente os resultados das discussões nesses foros internacionais para decidir sobre a eventual incorporação de normas de Posição não discriminação do conteúdo transmitido eletronicamente a este Capítulo." do Brasil O Acordo entre Mercosul e UE não contém cláusula sobre não discriminação de produtos/ servicos digitais. Na OMC, a proposta mais recente do Brasil não inclui cláusula sobre não discriminação, embora, na cláusula sobre tarifas aduaneiras, o Brasil tenha indicado que poderá ser adotada tributação interna, contanto que de modo não discriminatório. A posição conservadora adotada pelo Brasil nas negociações com o Chile provavelmente se explica por preocupações não somente com a atual tributação brasileira, que pode eventualmente ser considerada discriminatória (a exemplo da CIDE-Remessas, conforme art. 2º da Lei nº 10.168/2000), como também com a incerteza decorrente de propostas legislativas sobre a tributação da economia digital. No caso europeu, a posição se explica também porque a própria UE não adota a cláusula em suas negociações. A cláusula proposta pelos EUA alcança não somente tributos, mas também Comentários qualquer outra forma de regulação que possa ser menos vantajosa com relação a "produtos digitais", definição que inclui software, texto, vídeo, imagens, gravações de áudio ou outros produtos digitalizados. Do ponto de vista regulatório, não parece haver preocupações em relação à assunção de obrigação de não discriminação de acordo com a origem de produtos digitais, especialmente diante das ressalvas já inseridas na posição dos EUA. O que parece mais sensível e controverso

é efetivamente a questão da tributação – ver o item 3.3.1 abaixo.

3.2.6 CÓDIGO-FONTE

Definição / Propósito	Preservar o sigilo sobre os códigos-fonte de programa de computador, proibindo cada parte de impor à outra dever de divulgação dos códigos como condição para a comercialização ou uso de tal software em seu território.			
Posição dos EUA	Os acordos EUA x Japão (Artigo 17) e USMCA proíbem que as partes exijam a transferência ou acesso ao código-fonte de softwares (e algoritmos nele expressos) como condição para a importação, distribuição, venda ou uso de tal software ou produtos que o contenham. Os acordos preveem, ainda, um esclarecimento no sentido de que esta proibição não impede que um órgão regulador ou autoridade judicial de uma parte exija que uma pessoa da outra parte disponibilize o código-fonte do software, ou um algoritmo expresso nesse código-fonte, para uma investigação, inspeção, exame específico, ação de execução ou processo judicial, sujeito a salvaguardas contra divulgação não autorizada.			
	Na comunicação do Brasil à OMC no âmbito das negociações sobre comércio digital (em 30/10/2018), o Brasil apoiou disposição no sentido de que os membros deveriam garantir que o compartilhamento de código-fonte, segredos de negócio ou algoritmos não fosse condição para a entrada no mercado nacional. Porém, na proposta mais recente circulada pelo Brasil para a OMC, assim como no acordo			
Posição do Brasil	entre Brasil e Chile, não consta qualquer obrigação sobre códigos-fonte. No âmbito da legislação interna, os programas de computador (e seus respectivos códigosfonte) são tutelados pela Lei do Software (Lei nº 9.609/1998). A única disposição que diz respeito a garantias de acesso ao código-fonte se encontra no art. 11 da lei, referente a "transferência de tecnologia de programa de computador". Para fins de registro de contratos desse tipo junto ao INPI, deve ser garantida a completa disposição dos códigos-fonte ao receptor da tecnologia, e demais informações necessárias para absorvê-la. O art. 111 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) também prevê disposição que pode ser entendida como abrangendo a disponibilização de códigos-fonte, embora esta se aplique apenas ao contexto de compras governamentais.			

A disposição sobre códigos-fonte é cada vez mais comum nos acordos que regem o comércio digital e não parece conflitante com a legislação nacional, já que (i) as regras previstas na Lei do Software dizem respeito a registro de contratos de transferência de tecnologia, não a uma condição de acesso ao mercado, e (ii) a disposição prevista na Lei de Licitações se aplica apenas a compras governamentais, tema que usualmente é expressamente excluído do escopo do acordo sobre comércio digital (os EUA preveem tal exclusão em seus acordos).

Poderia ser conveniente, de todo modo, um esclarecimento em nota de rodapé no futuro acordo entre EUA e Brasil no sentido de que tais disposições legais não são incompatíveis com a cláusula sobre códigos-fonte. No acordo entre EUA e Japão, há notas de rodapé que cumprem a função de evitar dúvidas sobre determinados aspectos de legislação interna.

Comentários

Superada a questão da compatibilidade jurídica, cabe avaliar ainda possíveis interesses de política pública relativos à disponibilização de códigos-fonte. Em alguns acordos internacionais, inclusive no (CP)TPP, negociado por iniciativa dos EUA, previu-se que a proibição de exigência de disponibilização de códigos-fonte não seria aplicável a softwares usados para "infraestrutura crítica", e que poderiam ser exigida modificações de códigos-fonte para cumprimento de leis e regulamentos.

Outra abordagem, adotada no acordo entre UE e México, foi prever a possibilidade de que as partes adotem medidas como a imposição de abertura de código-fonte para atingir um objetivo legítimo de política pública, inclusive para garantir segurança e proteção de dados.

Também é comum o esclarecimento de que a inclusão ou implementação de termos e condições relacionados ao fornecimento de código-fonte em contratos negociados comercialmente não infringe o acordo.

Como se trata de um tema incipiente e pouco discutido, a princípio, parece conveniente posicionamento mais conservador, com a inclusão de exceções, em linha com os exemplos acima.

3.2.7 BENS DE TI QUE USAM CRIPTOGRAFIA

Definição / Propósito

Preservar a propriedade intelectual e o sigilo de tecnologias de criptografia embutidas em bens de tecnologia da informação, proibindo que uma parte imponha à outra obrigação de divulgação de informações de criptografia (a exemplo de chaves privadas) como condição para comercialização ou uso de tal bem em seu território.

O Artigo 21 do Acordo entre EUA e Japão aplica-se a bens de tecnologia da informação e comunicação (TIC) que usam criptografia e são desenvolvidos para uso comercial. A cláusula proíbe que as partes exijam, como condição para permitir a importação, venda ou uso desses bens no seu território, que os fornecedores:

(i) transfiram ou disponibilizem acesso a informações confidenciais e de sua propriedade relativas à criptografia, a exemplo de tecnologias, processos produtivos, algoritmos ou parâmetros secretos;

Posição dos EUA

- (ii) se associem ou cooperem com qualquer pessoa no território para o desenvolvimento, fabricação, venda ou uso do bem; ou
- (iii) usem ou integrem aos bens qualquer cifra ou algoritmo criptográfico em particular.

A cláusula esclarece expressamente que não se aplica a: (i) medidas judiciais que ordenem que prestadores de serviços que usam criptografia forneçam comunicações descriptografadas conforme os procedimentos legais aplicáveis; (ii) regulamentação de instrumentos financeiros; (iii) exigências de uso de determinadas redes controladas pelo governo (por ex. de Bancos Centrais); (iv) medidas adotadas para fiscalizar instituições ou mercados financeiros; (v) fabricação, importação ou venda de bens de TIC para uso governamental.

Há cláusula com linguagem similar no USMCA (Artigos 12.C.1 e 12.C.2), porém como parte dos "Anexos Setoriais", não no capítulo sobre comércio digital.

Posição do Brasil

Não há cláusula sobre o tema nem no Acordo entre Mercosul e União Europeia, nem no Acordo entre Brasil e Chile. (Obs.: vale notar que o Chile se vinculou a cláusula semelhante no Anexo 8-B do (CP)TPP, que é parte do capítulo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio.)

Tampouco há qualquer posição do Brasil a respeito nas propostas apresentadas no âmbito da OMC.

Comentários

O objetivo da cláusula sobre bens de TIC que usam criptografia é em alguma medida semelhante ao objetivo da disposição sobre códigos-fonte, qual seja impedir que governos exijam que fabricantes estrangeiros revelem informações sigilosas/valiosas de sua propriedade, como condição para permitir importações, venda e uso dos produtos.

No contexto das negociações do TPP, que parece ter sido o primeiro acordo contendo a cláusula, os EUA explicaram em um resumo oficial dos termos negociados que seu objetivo era evitar que governos pudessem usar regulamentos técnicos ou procedimentos de avaliação de conformidade para "expropriar informações sigilosas e disseminá-las a competidores".

Aparentemente, não há na legislação brasileira disposições que seriam incompatíveis com a cláusula, e as exceções (para compras governamentais, regulamentação financeira, exigências judiciais, etc.) parecem suficientemente amplas para garantir que não haja obstáculos a políticas públicas legítimas.

Por cautela, e pelo caráter ainda muito recente da cláusula, caberia uma avaliação – em particular por parte de quem conheça de perto os produtos que usam criptografia – sobre a conveniência de tal obrigação e da eventual existência de normas técnicas que exijam algum grau de revelação de informações sobre tecnologias de criptografia.

Além disso, chama a atenção que a cláusula se situe em um anexo setorial do USMCA e no capítulo sobre barreiras técnicas do (CP)TPP, não nos respectivos capítulos sobre comércio digital.

Assim, na medida em que os EUA pretendam incluir a cláusula nas negociações sobre comércio digital com o Brasil (tal como feito com o Japão), caberia avaliar estrategicamente a possibilidade de negociá-la (como moeda de troca) em outro contexto, tendo em conta os interesses do Brasil em uma negociação comercial mais ampla com os EUA.

3.2.8 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Definição / Propósito	Procedimentos em caso de disputa entre as partes quanto a possíveis violações das obrigações previstas no acordo sobre comércio digital.
Posição dos EUA	Não há cláusula sobre o tema no Acordo entre EUA e Japão, não tendo sido identificada a razão para tal omissão. No USMCA (Artigo 31), as disputas relativas a comércio digital ficam sujeitas às condições gerais de resolução de controvérsias do Acordo, que envolvem consultas, possibilidades de conciliação e, se preciso, resolução por um painel.
Posição do Brasil	No Acordo entre Brasil e Chile, assim como no caso da USMCA, as disputas relativas a comércio digital ficam sujeitas às condições gerais de resolução de controvérsias do Acordo (Artigo 22), abrangendo também consultas, possibilidade de conciliação e, se preciso, formação de um tribunal arbitral para a resolução do caso.
Comentários	Embora o tema não seja tratado no Acordo entre EUA e Japão, parece conveniente que eventual acordo negociado entre EUA e Brasil inclua tais previsões, em linha com a prática mais usual nos acordos comerciais internacionais. A cláusula de solução de controvérsias contribui para maior previsibilidade e segurança jurídica, permitindo efetivamente resolver eventuais disputas sobre medidas governamentais que contrariem as obrigações acordadas durante a vigência do acordo.

3.3 PROPOSTAS AVALIADAS COMO CONTROVERSAS OU POTENCIALMENTE INCOMPATÍVEIS COM POLÍTICAS PÚBLICAS E LEGISLAÇÃO INTERNA

3.3.1 TRIBUTAÇÃO

Definição / Propósito	Disciplinar o tratamento tributário dos "produtos digitais", exigindo como regra geral o tratamento não discriminatório dos produtos originários dos países signatários.
	O Artigo 6º do Acordo entre EUA e Japão disciplina exaustivamente a questão do tratamento tributário não discriminatório dos "produtos digitais" (definição que inclui software, texto, vídeo, imagens, gravações de áudio ou outros produtos digitalizados). A linguagem bastante detalhada pode ser resumida nos seguintes pontos centrais: (i) a obrigação de <i>não discriminação</i> de produtos digitais se aplica a todos os tributos, exceto aqueles incidentes sobre a renda, ganhos de capital, capital de empresas, valor de investimentos ou propriedade, heranças, doações e transmissão <i>causa mortis</i> ; (ii) mesmo no caso dos referidos tributos a princípio não cobertos pela cláusula, a obrigação de não discriminação será aplicável caso a medida tributária se relacione à compra ou consumo de determinados produtos digitais; (iii) a obrigação não se aplica se houver tratamento discriminatório em virtude de tratados para evitar dupla tributação, os quais prevalecem em caso de conflito; (iv) a obrigação não se aplica a medidas tributárias já existentes na data da entrada em vigor do Acordo (cláusula "grandfather"), nem a medidas que venham a renovar aquelas já existentes ("standstill"); (v) a obrigação não se aplica a emendas às medidas tributárias já existentes, contanto que a
	emenda não reduza o grau de conformidade da medida existente (cláusula "ratchet"); (vi) a obrigação não se aplica a medidas voltadas para garantir a arrecadação equitativa de tributos, inclusive medidas que diferenciem entre pessoas de acordo com sua residência para fins fiscais, contanto que não haja "discriminação arbitrária entre pessoas, bens ou serviços das partes"; (vii) há algumas disposições específicas que visam assegurar a legalidade da imposição de certas condições para que empresas façam jus a determinados incentivos fiscais. O USMCA não contém cláusula específica sobre tributação, de modo que vale a obrigação geral de não discriminação para qualquer medida tributária.
Posição do Brasil	O Acordo entre Brasil e Chile e o Acordo entre Mercosul e União Europeia não incluem cláusula específica que discipline a tributação de produtos digitais. Ao contrário, na cláusula sobre tarifas aduaneiras, há ressalva expressa no sentido de que as partes mantêm sua prerrogativa de impor medidas de tributação interna. Em um comunicado à OMC de outubro de 2018, o Brasil propôs uma cláusula indicando que os membros da OMC poderiam arrecadar tributos sobre a renda e lucro gerados por plataformas online, ainda que estas não tivessem presença física na jurisdição. Essa cláusula foi retirada da proposta mais recente apresentada pelo Brasil, de julho de 2019. No âmbito interno, não há tributos que incidam especificamente sobre produtos digitais, mas há propostas legislativas (PL 2.358/2020 e PLP 131/2020) para a criação, respectivamente, de uma "CIDE Digital" ou de uma "COFINS Digital", inspiradas na "digital services tax" adotada por países europeus, como a França, em meio a um conflito com os EUA que ainda não foi resolvido no âmbito da OCDE. Além disso, há certas regras de tributação de serviços estrangeiros – em especial quando envolvem transferência de tecnologia – que podem eventualmente se enquadrar na definição de "produtos digitais" e que podem ser entendidas como discriminatórias, em particular a CIDE-Remessas, conforme art. 2º da Lei nº 10.168/2000.

A cláusula proposta pelos EUA tem o claro objetivo de evitar a criação de novos tributos ou novas regras de tributação que possam impactar as grandes empresas de tecnologia do país.

A proposta não alcança tributos já existentes ou a sua renovação; seu alvo específico parece ser coibir a criação de tributos vistos como discriminatórios (ao menos *de facto*, se não na letra da lei) contra serviços digitais prestados por empresas de origem americana.

Isso se explica porque em alguns países, sobretudo na Europa, vêm sendo adotadas medidas que visam tributar essas empresas, diante da percepção de que elas têm auferido lucros significativos por meio de serviços digitais, sem tributação correspondente por não haver qualquer presença física nas respectivas jurisdições.

Comentários

No âmbito da UE, tais iniciativas estão relacionadas a propostas da Comissão Europeia sobre "fair taxation of the digital economy". O PL 2.358/2020, em discussão no Congresso Nacional, se inspirou nessas medidas.

Há preocupações legítimas de ambos os lados e o ideal é que haja um amplo entendimento global sobre a tributação da economia digital, desafio que vem sendo discutido há vários anos, em especial no âmbito da OCDE, ainda sem consenso.

Na ausência de consenso global sobre a questão da tributação de produtos e serviços digitais, embora um acordo com os EUA pudesse servir como incentivo para evitar certos tipos de tributação eventualmente vistos como indesejáveis, sugere-se cautela quanto à inserção de disposição dessa natureza em um tratado bilateral sobre comércio digital. A sensibilidade do tema e os debates globais em andamento (especialmente na OCDE) — e ainda os eventuais riscos de que a inserção da cláusula possa dificultar a própria aprovação do acordo pelo Congresso Nacional — sugerem que os foros e soluções multilaterais seriam mais apropriados para esta discussão.



4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os acordos sobre comércio digital podem ser um importante mecanismo para fomentar esse tipo de comércio, que tem crescente importância econômica e pode contribuir para o desenvolvimento do país. Como as disciplinas em discussão nesses acordos – com destaque para a agenda proposta pelos EUA – são abrangentes e podem impactar não só políticas de facilitação de comércio e acesso a mercados, mas também diversas questões regulatórias e tributárias, é fundamental que elas sejam compreendidas com clareza e que haja reflexão aprofundada pelos setores interessados no Brasil.

A análise da agenda de comércio digital proposta pelos EUA revela que a maior parte dos temas em discussão é positiva, compatível com a legislação nacional ou com outros acordos já celebrados pelo país, e provavelmente incontroversa. Esses temas incluem questões como a facilitação da aceitação de documentos eletrônicos, proteção do consumidor, cooperação na área de segurança cibernética, dentre outros.

Outros temas em discussão são, a princípio, positivos, como o propósito de garantir o livre fluxo de dados, o tratamento não discriminatório com relação ao uso de *data centers* e garantias de proteção da propriedade intelectual, por meio de cláusulas que proíbem exigência de acesso a códigos-fonte e criptografia. Porém, nesses casos, a linguagem proposta pelos EUA merece maior atenção, seja para evitar possíveis conflitos com a legislação nacional (incluindo a de proteção de dados pessoais) e insegurança jurídica decorrente, seja para que os impactos do que é proposto possam ser examinados com maior profundidade, já que o efeito de algumas das disciplinas mais recentes ainda não foi testado na prática internacional.

Há, por fim, temas que parecem demasiadamente controversos ou potencialmente conflitantes com a legislação nacional, o que torna pouco recomendável que sejam inseridos em um eventual acordo neste momento, inclusive para evitar riscos de não aprovação do conjunto das disciplinas que tendem a ter impactos positivos. Destaca-se, nesta categoria, a questão da tributação de produtos digitais. Esforços de cooperação para alcançar harmonia regulatória nos temas mais controversos é fundamental, mas aceitar a posição dos EUA, sem um alinhamento mais abrangente com um maior número de países (na OCDE, por exemplo), poderia se tornar problemático.

Com base na análise das principais cláusulas presentes em acordos de comércio digital e o posicionamento do Brasil e dos EUA em cada um dos temas, sugere-se que, quando forem prosseguir negociações para celebração de um acordo entre os dois países, o posicionamento do setor privado seja no sentido de que:

- Um acordo em comércio digital entre Brasil e EUA, e outros acordos preferenciais, como foi o caso no Mercosul, é bem-vindo e pode contribuir para a melhoria do ambiente de negócios no país e bilateral. No entanto, um olhar coerente com as regras internas do país se faz necessário.
- É importante encorajar a inclusão das cláusulas positivas e incontroversas nos acordos. Ainda que na maioria das vezes elas somente prevejam a necessidade de realização de melhores esforços ou de cooperação internacional para o desenvolvimento de certo tema, elas encorajam o desenvolvimento de regulação e podem evitar eventuais retrocessos legislativos.
- Para que os temas positivos, que merecem a atenção, não se transformem em grandes desafios ou pontos de impasse nas negociações do acordo, recomenda-se a procura por engajamento efetivo dos representantes do governo em diálogos com o setor privado. Esse passo é importante para esclarecer quais os pontos de maior sensibilidade e a melhor maneira de abordá-los nas negociações. O diálogo também pode permitir espaço para que sejam feitas análises mais pormenorizadas dos impactos práticos inclusive econômicos de disposições ainda pouco testadas na prática do comércio digital.
- Caso o Brasil decida por incluir temas mais controversos na negociação, recomenda-se que isso seja feito com maior cautela, especialmente para evitar eventuais incompatibilidades com a legislação atual ou futura. Nesse caso, será também muito importante a articulação do setor privado com membros do governo, para que as obrigações negociadas não resultem em imprevisibilidade e insegurança jurídica, nem prejudiquem as chances de aprovação interna do acordo negociado.

Embora o escopo deste documento esteja restrito a posições de consenso das entidades que realizaram o estudo sobre cláusulas usualmente negociadas pelos EUA, vale salientar, por fim, que pode haver outras cláusulas relativas ao comércio eletrônico que podem interessar ao setor privado e ao governo brasileiro, a exemplo de cláusulas de cooperação para incentivar o desenvolvimento da economia digital e a harmonização regulatória para a facilitação de negócios internacionais.

ENTIDADES PARCEIRAS

- Mercado Livre
- Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC)
- Associação das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação e de Tecnologias Digitais (BRASSCOM)

CNI

Robson Braga de Andrade Presidente

DIRETORIA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E ECONOMIA – DDIE

Lytha Battiston Spindola
Diretora de Desenvolvimento Industrial e Economia

Marina Isadora Barbosa Souza Equipe Técnica

Gerência de Comércio e Integração Internacional

Constanza Negri Biasutti

Gerente de Comércio e Integração Internacional

DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO - DIRCOM

Ana Maria Curado Matta Diretora de Comunicação

DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS - DSC

Fernando Augusto Trivellato Diretor de Serviços Corporativos

Superintendência de Administração - SUPAD

Maurício Vasconcelos de Carvalho Superintendente Administrativo

Alberto Nemoto Yamaguti Normalização

Fialho Salles Advogados

Lucas Spadano Luiza Tângari Coelho Bruna Prado de Carvalho Consultoria

Penha Dutra Revisão Gramatical

Editorar Multimídia Projeto Gráfico e Diagramação



