

XIV CODAIP

Congresso de Direito de Autor e Interesse Público



NAS FRONTEIRAS DA PI: OS DIREITOS PATRIMONIAIS SOBRE DADOS, UMA PERSPECTIVA EUROPEIA

MANUEL DAVID MASSENO

INSTITUTO POLITÉCNICO DE BEJA



5 de novembro de 2020

1 – o objeto: os dados não pessoais

- desde há quase uma década, **os dados**, pessoais e não pessoais, sobretudo se armazenados e tratado em massa (*Big Data* / Megadados), **passaram a ser uma fonte essencial de valor económico**, pelas **otimizações de recursos** e pelas **análises** que permitem, inclusive **preditivas**, ao serem associados a algoritmos de Inteligência Artificial, designadamente de **aprendizado de máquina**
- tanto que **no Fórum Económico Mundial** (*WEF* - Davos), em **2012**, foram qualificados como “**o novo petróleo**”, embora as diferenças hajam sido marcadas em 2019, distinguindo claramente a informação de um recurso natural finito
- **na União Europeia, vigoram Regulamento (UE) 2016/679**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à **proteção das pessoas singulares [naturais] no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados** (***Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados***) – **RGPD** e também...

- **o Regulamento (UE) 2018/1807**, de 14 de novembro de 2018, relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia – **Regulamento RFD**
- porém, **como o RGPD se prende com a “autodeterminação informativa”**, enquanto projeção da “dignidade humana” (Art.º 2.º do *Tratado da União Europeia*), porque “Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito” (Art.º 16.º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* e, *ipsis verbis*, Art.º 8.º da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, depois do *Tratado de Lisboa*, de 2007-2009), **a apropriabilidade de dados pessoais está excluída**, sendo estes *res extra commercium*
- **embora, a “portabilidade dos dados” pessoais, rectius**, a transferência do tratamento dos dados para outro controlador, por iniciativa do “titular” e mantendo este todas as suas faculdades, **esteja garantida** (Art.º 20.º do *RGPD*), independentemente de existirem processadores ou outros destinatários dos dados

- o mesmo vale para a **Diretiva (UE) 2019/770** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre **certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais**, quando **admite a monetização dos dados pessoais**, mas apenas **desde que compatível com as garantias constantes do RGPD** (Art.º 3.º n.ºs 1 e 8), na versão definitiva
- assim, o **Regulamento LFD** “**aplica-se ao tratamento de dados eletrónicos que não sejam dados pessoais**” (Art.º 2.º n.º 1), entendendo estes “**na aceção do artigo 4.º, ponto 1, do Regulamento (UE) 2016/679**” (Art.º 3.º n.º 1), **logo incluindo** os relativos a “**pessoa [natural] identificável**”, e **atraindo** os “**dados não pessoais**” **conexos**, “[...] **Caso os dados pessoais e não pessoais de um conjunto de dados estejam indissociavelmente ligados, o presente regulamento não prejudica a aplicação do Regulamento (UE) 2016/679**” (Art.º 2.º n.º 2 *in fine*)

- aliás, **se o RGPD enuncia** que “O presente regulamento não diz, por isso, respeito ao tratamento dessas informações anónimas, inclusive para fins estatísticos ou de investigação.” (Considerando 26 *in fine*)
- **já o Regulamento RFD esclarece** que, “A internet das coisas, a inteligência artificial e a aprendizagem automática, que estão em expansão, representam grandes fontes de dados não pessoais, por exemplo, em consequência da sua utilização em processos automatizados de produção industrial. Exemplos concretos de dados não pessoais incluem conjuntos de dados agregados e anonimizados utilizados para a análise de grandes volumes de dados, os dados relativos à agricultura de precisão que podem ajudar a controlar e a otimizar a utilização de pesticidas e de água ou ainda dados sobre as necessidades de manutenção de máquinas industriais. [Porém] Se os progressos tecnológicos permitirem transformar dados anonimizados em dados pessoais, esses dados devem ser tratados como dados pessoais, e o Regulamento (UE) 2016/679 deve ser aplicado em conformidade.” (Considerando 9), *id est*, com uma **fronteira móvel**

2 – a atribuição de direitos sobre dados não pessoais

- é **seguro** que **os dados**, só por si, **não são passíveis de ser objeto de direitos de natureza exclusiva**, de uma propriedade / “property”, em qualquer acepção do termo, **tal como ocorre com as “informações”**, enquanto dados processados e dotados de sentido, com contexto, relevância e finalidade
- um **primeiro setor** é o abrangido pelos **regimes de Propriedade Intelectual**, que **exigem** sempre, e pelo menos, **uma atividade criativa e apenas facultam respostas fragmentárias**
 - assim é, **tanto** em matéria de **Propriedade Industrial**, conforme à **Convenção da União de Paris**, de 6 de março de 1883, e à **Convenção sobre a Patente Europeia**, de 5 de outubro de 1973 **como** na dos **Direitos Autorais**, de acordo com a **Convenção da União de Berna**, de 9 de setembro de 1886, o que foi **reiterado** pelo **Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio - TRIPS**, de 28 de junho de 2013

- mesmo as **iniciativas legislativas da União Europeia**, indo além dos limites marcados pelo *Acordo TRIPS*, **tão só permitem respostas parciais**
 - assim, a **Diretiva 96/9/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à **proteção jurídica das bases de dados**, apenas “[...] **pretende salvaguardar a posição dos fabricantes de bases de dados relativamente à apropriação abusiva dos resultados do investimento financeiro e profissional realizado para obter e coligir o conteúdo**, protegendo o conjunto ou partes substanciais da base de dados de certos atos cometidos pelo utilizador ou por um concorrente” (*Considerando 39*) e “**o objetivo deste direito sui generis consiste em garantir a proteção de um investimento na obtenção, verificação ou apresentação do conteúdo de uma base de dados durante o prazo limitado do direito.**” (*Considerando 39*), **logo**
 - **se “[...] o fabricante de uma base de dados [pode] proibir a extração e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial**, avaliada qualitativa ou quantitativamente, **do conteúdo desta, quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial [...]**

- porém, “A proteção das bases de dados pelo direito previsto no n.º 1 não prejudica os direitos existentes sobre o seu conteúdo” (Art.º 7.º n.ºs 1 e 4 *in fine*), *id est*, **não prevê uma acessão artificial da informação** constante da base
- por sua vez, a **Diretiva (UE) 2016/943**, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2016, relativa à **proteção de know-how e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais, desligada da Concorrência Desleal e quase concedendo direitos exclusivos** a quem qualifica como “«**titular do segredo comercial**» - a **pessoa singular ou coletiva** [natural ou jurídica] **que exerce legalmente o controlo de um segredo comercial**” (Art.º 2.º n.º 2), **embora com limitações que não permitem a atribuição de direitos** sobre as informações (Art.º 3.º)
- **adicionalmente, os requisitos para a proteção das informações só estarão presentes em relativamente poucos casos:** “a) **serem secretas** [...]; b) **terem valor comercial pelo fato de serem secretas**; c) **terem sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, para serem mantidas secretas pela pessoa que exerce legalmente o seu controlo;**” (Art.º 2.º n.º 2)

- mas... na **Comunicação Construir uma economia europeia dos dados** (COM(2017) 9 final, de 10 de janeiro), a **Comissão Europeia** chegou a **sugerir**, entre outras de natureza contratual, como **solução** para os “dados gerados automaticamente”, a **instituição de um “Direito dos produtores de dados”**:
 - **entendido como** “o direito de utilizar, e autorizar a utilização, de dados não pessoais poderia ser concedido ao «produtor de dados» ou seja, o proprietário ou utilizador a longo prazo (ou seja, o locatário) do dispositivo. Esta abordagem visaria esclarecer a situação jurídica e permitir um maior grau de escolha ao produtor de dados, dando aos utilizadores a possibilidade de utilizar os respetivos dados e, assim, contribuir para o desbloqueio dos dados gerados automaticamente. No entanto, haveria que especificar claramente as exceções aplicáveis, nomeadamente o fornecimento de acesso não exclusivo aos dados pelo fabricante ou pelas autoridades públicas, por exemplo para a gestão do tráfego ou por razões ambientais.”
- **porém, não houve acolhimento por parte do interessados e o Regulamento LFD omite uma tal possibilidade**

3 – mas o “direito dos produtores de dados” sobreviveu...

- tal como publicado, o **Regulamento LFD** (Art.º 6.º) limita-se a colocar os parâmetros para a “**portabilidade dos dados**”, com ênfase na **autorregulação interprofissional** e na adoção de **códigos de conduta**, com uma atuação proativa da Comissão Europeia
- mas, **antes** até da sua **adoção**, foi **elaborado e assinado** o **Código de Conduta sobre a partilha de dados agrícolas através de acordos contratuais na UE**, em Bruxelas, em 23 de abril de 2018, com o *beneplácito* do então Comissário Europeu para a Agricultura, Paul Hogan, **envolvendo a generalidade organizações profissionais e empresariais do Agronegócio**, mesmo para além da agricultura:
 - COPA – COGECA (Agricultores e Cooperativas), CEJA (Jovens Agricultores), CEMA e CLIMMAR (Maquinaria Agrícola), CEETTAR (Prestadores de Serviços), ECPA (Proteção de Culturas), *Fertilizers Europe*, ESA (Produtores de Sementes), EFFAB (Produtores Pecuários), FEFAC (Indústria de Rações) ou *AnimalhealthEurope*

- no que se refere aos **conteúdos essenciais do Código**, no que nos importa:
 - assume **uma observância voluntária** por parte dos associados das entidades signatárias, sendo **a referência das melhores práticas**
 - **centra-se nos “criadores”** (“data originators” / “owners”), *i.e.*, **“the person or entity that can claim the exclusive right access to the data and control its downstream use or re-use”**, diretamente ou por encomenda, *v.g.*, **os dados produzidos em cada exploração agrícola pertencem ao respetivo titular**, devendo este beneficiar de todas as utilizações derivadas que tiverem lugar
 - embora, **as indústrias**, a montante ou a jusante da exploração, também **sejam consideradas como “criadores de dados”**, nos respetivos âmbitos de atuação
 - **os contratos devem salvaguardar o sigilo de todas as informações sensíveis** sobre a exploração, **assim como os direitos de propriedade intelectual envolvidos**
 - **o acesso aos dados só é lícito através de acordo** explícito, expresso e informado **com os “criadores de dados”**, constante dum contrato

- os “**criadores de dados**” não os cedem em exclusivo, salvo cláusula em contrário, e **podem sempre usá-los** nas suas explorações
- também salvo cláusula em contrário, os “**criadores de dados**” **poderão mudar de prestador de serviços** de armazenamento e tratamento dos dados (*portabilidade*)
- porém, esta *portabilidade* deve **salvaguardar as informações técnicas e os direitos intelectuais de terceiros**, designadamente dos fornecedores de fatores de produção agrícolas, como máquinas, sementes ou agrotóxicos
- **os contratos não poderão ser modificados sem acordo dos “criadores de dados”**, v.g., havendo partilha ou transmissão dos dados a terceiros, não previstas no contrato, os “**criadores de dados**” poderão opor-se, inclusive rescindindo o vínculo
- **o contrato deve ser explícito e detalhado em matéria de responsabilidades**, designadamente quanto à segurança dos dados

4 – a outras possibilidades desde a *Propriedade Intelectual*

- também em matérias relacionadas com a agrobiodiversidade e com as biotecnologias agrícolas, temos **atribuições de direitos**, a particulares ou a comunidades, que podem **servir de referência para regulações futuras**
- assim, **no que se refere ao retorno financeiro para os “produtores dos dados”**:
 - a **CDB – Convenção sobre a Diversidade Biológica**, do Rio de Janeiro, das Nações Unidas, de 6 de junho de 1992, depois **densificada pelo Protocolo de Nagoya** sobre o **acesso a recursos genéticos e a partilha justa e equitativa dos benefícios provenientes da sua utilização**, de 29 de outubro de 2010, **os quais foram implementados na União Europeia pelo Regulamento (UE) n.º 511/2014** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo às **medidas respeitantes ao cumprimento pelo utilizador do Protocolo de Nagoya relativo ao acesso aos recursos genéticos e à partilha justa e equitativa dos benefícios decorrentes da sua utilização na União**

- e, indo além das comunidades locais, o ***Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura***, de Roma, da **FAO / ONU**, de 3 de novembro de 2001 (Art.º 9.º), **prevê os “direitos dos agricultores”, incluindo o “direito de participar equitativamente na partilha dos benefícios resultantes da utilização dos recursos fitogenéticos para a alimentação e a agricultura;”** (Art.º 9.º 2 b)
- bem como, **quanto à reutilização dos dados nos próprios processos produtivos:**
 - da ***Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais***, de 2 dezembro de 1961, de Paris, da **UPOV**, desde o ***Ato Adicional*** de 1991, de Genebra, (Art.º 15.º n.º 3), e do **Regulamento (CE) n.º 2100/94** do Conselho, de 27 de julho de 1994, relativo ao **regime comunitário de proteção das variedades vegetais** (Art.º 14.º), **constam o “privilégio do agricultor”, com o direito a reutilizar o produto das colheitas para realizar novas plantações**

- e ainda temos o “**outro privilégio do agricultor**”, previsto na **Diretiva 98/44/CE** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Julho de **1998**, relativa à **proteção jurídica das invenções biotecnológicas**, não só para “**utilizar o produto da sua colheita para proceder, ele próprio, à reprodução ou multiplicação na sua exploração**”, como também a “**disponibilização do animal ou de outro material de reprodução animal para a prossecução da sua atividade agrícola mas não a venda**” (11.º, n.ºs 1 e 2)