



XVI CODAIP

Congresso de Direito de Autor e Interesse Público

Dos dados não pessoais na União Europeia

desde a *quase*-apropriação até aos futuros “espaços comuns europeus de dados”

dia 3 de novembro de 2022

Manuel David Masseno



1 – delimitando o **objeto**: os “**dados não pessoais**”

- antes de tudo, estamos perante “**dados**”, pessoais e não pessoais, incluindo obras:
 - “qualquer representação digital de atos, fa(c)tos ou informações e qualquer compilação desses atos, fa(c)tos ou informações, incluindo sob a forma de gravação sonora, visual ou audiovisual” (Art.ºs 2º 1) do **Regulamento (UE) 2022/868**, relativo à governação europeia de dados e que altera o Regulamento (UE) 2018/1724 (**Regulamento Governação de Dados**), de 30 de maio, e da **Proposta de Regulamento relativo a regras harmonizadas sobre o acesso equitativo aos dados e a sua utilização (Regulamento Dados)** (COM(2022) 68 final, de 23 de fevereiro)
- sendo considerados como “**não pessoais**”:
 - os “**que não sejam dados pessoais** na aceção do artigo 4.º, ponto 1, do Regulamento (UE) 2016/679” [**RGPD**] (Art.º 3.º 1) do **Regulamento (UE) 2018/1807**, de 14 de novembro, relativo a um **regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia – RLFD**
 - embora com **limites móveis**, pois “**Se os progressos tecnológicos permitirem transformar dados anonimizados [ou anónimos] em dados pessoais, esses dados devem ser tratados como dados pessoais**, e o Regulamento (UE) 2016/679 deve ser aplicado em conformidade” (*Considerando (9) in fine*, também do **RLFD**)

2 – a *aposta* inicial na *quase*-apropriação da informação

- com o **objetivo** explícito de **promover o investimento em inovação e a posição competitiva das suas empresas**, a **UE – União Europeia** foi **mais longe** que o estabelecido no **Acordo TRIPS** (*Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, Anexo 1 C do Acordo que Cria a Organização Mundial do Comércio, 15 de abril de 1994*)
 - em um **primeiro momento**, com a **Diretiva 96/9/CE**, de 11 de março, **relativa à proteção jurídica das bases de dados**, criando um “**direito *sui generis***”, cujo conteúdo consiste no “**direito de o fabricante de uma base de dados 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** do ponto de vista qualitativo ou quantitativo” (Art.º 7º n. 1), embora com um **nível de proteção mais frágil** que o reservado às bases de dados que “constituam uma criação intelectual específica do respetivo autor” (Art.º 3.º n.º 1)

- uma década depois, com a **Diretiva (UE) 2016/943**, de 8 de junho, **relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais**, **desligando** a matéria **da** repressão da **concorrência desleal e** tendo por **referente** o “«**Titular do segredo comercial**» [melhor seria “detentor” por falta de qualquer título, considerado como] a pessoa singular ou coletiva [natural ou jurídica] que exerce legalmente o controlo de um segredo comercial” (Art.º 2.º 2)
- a **Comissão Europeia**, na **Comunicação *Construir uma Economia Europeia dos Dados*** (COM(2017) 9 final, de 10 de janeiro), chegou colocar a possibilidade de ser criado e regulado um “**Direito dos produtores de dados**”:
 - 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.”
 - a qual não chegou sequer a integrar a **Proposta de Regulamento relativo a um quadro para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia** (COM) 2017/0495 final, de 13 de setembro)

- a referência a um **direito dos “produtores de dados”** ainda constou do **Código de conduta sobre a partilha** [compartilhamento] **de dados agrícolas através de acordos contratuais na UE**, avançado pela principal organização de produtores agrícolas da UE, o **COPA / COGECA** – Comité das Organizações Profissionais Agrícolas / Confederação Geral das Cooperativas Agrícolas da União Europeia e assinado, em Bruxelas, a 23 de abril de 2018, pelas principais organizações profissionais e empresariais do Setor, mas **apenas** como **referência para a autorregulação**
 - sendo considerado como “**produtor de dados**” (“proprietário”) “**a pessoa ou entidade que pode reclamar o direito de acesso exclusivo aos dados e controlar o seu uso posterior ou a sua reutilização**”, *i.e.*, não vai além do previsto nas **Diretivas** sobre as **bases de dados** e sobre os **segredos comerciais**, expressamente invocadas
- com a emergência dos **megadados** a **vis expansiva** das **Diretivas de quo** para todos os **dados não pessoais** passou até a ser tida como **contraproducente**
 - o **Documento de Trabalho** dos **Serviços da Comissão**, **Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases** (SWD(2018) 125 final, de 25 de abril) e
 - a **Comunicação** da **Comissão Europeia Tirar pleno partido do potencial de inovação da UE: Um plano de ação em matéria de propriedade intelectual para apoiar a recuperação e resiliência da UE** (COM(2020) 760 final, de 25 de novembro)

3 – superada pela tónica no **acesso e partilha** [compartilhamento]

- inicialmente, as **bases da mudança** foram colocadas pela **Comissão Europeia** na sua **Comunicação Para uma economia dos dados próspera** (COM(2014) 0442 final, de 2 de julho)
- depois **aprofundadas** nas **Comunicações**:
 - **Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa** (COM(2015) 192 final, de 6 de maio)
 - **Construir uma Economia Europeia dos Dados**, de 2017 (*Supra*) e
 - **Rumo a um espaço comum europeu de dados** (COM(2018) 232 final, de 25 de abril), esta complementada por um *Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão* contendo *Orientações sobre a partilha de dados do setor privado na economia europeia dos dados* (SWD(2018) 125 final)
- uma **primeira concretização** ocorreu com o **RLFD** (*Supra*), embora apenas no que se refere à “**Livre circulação de dados na União**” (Art.º 4.º) e à “**Portabilidade dos dados**”, esta com recurso à **autorregulação** (Art.º 6.º)

- e um **novo impulso** resultou da **Comunicação *Uma estratégia europeia para os dados*** (COM(2020) 66 final, de 19 de fevereiro)
 - com uma “**visão**” transparente: “A Comissão está convicta de que, através da utilização de dados, as empresas e o setor público da UE poderão ser capazes de tomar melhores decisões. **Aproveitar a oportunidade oferecida pelos dados em prol do bem social e económico impõe-se ainda mais na medida em que os dados – ao contrário da maioria dos recursos económicos – podem ser replicados praticamente a custo zero e em que a sua utilização por uma pessoa ou organização não impede a utilização simultânea por outra pessoa ou organização.** Importa explorar esse potencial para satisfazer as necessidades das pessoas e, por conseguinte, criar valor para a economia e a sociedade. Para concretizar este potencial, **é necessário um melhor acesso aos dados e uma utilização responsável dos mesmos.**”
 - para o que **é necessário garantir**, também juridicamente, a “**Disponibilidade dos dados**”, com a “**Partilha e utilização de dados de bases privadas por outras empresas** (partilha de dados entre empresas – **B2B**)” e a “**Utilização de dados de bases privadas por autoridades públicas** (partilha de dados entre empresas e a administração pública – **B2G**)”, além da “**Utilização de informações do setor público pelas empresas** (partilha de dados entre a administração pública e as empresas – **G2B**)” e da “**A partilha de dados entre autoridades públicas**”

- **assim como** responder às **questões** as resultantes dos “**Desequilíbrios no poder de mercado**”, da insuficiente “**Interoperabilidade e qualidade dos dados**”, dos desafios da “**Governança dos dados**”, além de investir nas “**Infraestruturas e tecnologias de dados**” e
- promover a **criação** de “**espaços comuns europeus de dados em setores económicos estratégicos** e em domínios de interesse público”, para “**assegurar a disponibilidade de grandes repositórios de dados nesses setores e domínios**, juntamente com instrumentos e infraestruturas técnicos necessários para utilizar e trocar dados, bem como mecanismos de governação adequados”, designadamente, de “**dados industriais (indústria transformadora)**”, “**dados do Pacto Ecológico**”, “**dados da mobilidade**”, “**dados de saúde**”, “**dados financeiros**”, “**dados sobre a energia**” e “**dados relativos à agricultura**”, a que se juntam “**espaços**” relativos a “**dados para a administração pública**” e a “**dados sobre competências**” laborais, matéria esta exposta detalhadamente em “**Apêndice**”
- a **efetivação** de esta **Estratégia** passaria também por **estabelecer** um “**quadro legislativo favorável à governação dos espaços comuns europeus de dados**”, incluindo um “**ato legislativo sobre os dados**”, o qual já está **em andamento...**

4 – e os conteúdos das novas iniciativas legislativas da UE

- a 30 de maio último, foi adotado o **Regulamento Governação de Dados**, o qual, em termos muito sintéticos:
 - tem como **objetivo** principal **promover a disponibilização e reutilização dos dados**, em todos os âmbitos, inclusive através da sua *monetarização*, embora também regule o “altruísmo de dados” (Art.ºs 2.º 16) e os “serviços de cooperativas de dados” (Art.º 2.º 15)
 - assenta na **caraterização** do “«Utilizador dos dados [como] uma **pessoa** singular ou coletiva [natural ou jurídica] **que tem acesso legal a determinados dados** pessoais ou **não pessoais e que tem direito**, inclusive ao abrigo do Regulamento (UE) 2016/679 no que respeita aos dados pessoais, **a utilizá-los para fins comerciais ou não comerciais**” (Art.º 2.º 9)
 - **relativamente** ao «Detentor dos dados», [*i.e.*] uma **pessoa** coletiva, incluindo organismos do setor público e organizações internacionais, ou uma pessoa singular que não seja o titular dos dados no que diz respeito aos dados específicos em causa [sendo dados pessoais], **que**, em conformidade com o direito da União ou o direito nacional aplicáveis, **tem o direito de conceder acesso a determinados** dados pessoais ou **dados não pessoais ou de os partilhar**” (Art.º 2.º 8)

- com a «**Partilha de dados**», [sendo entendida como] **o fornecimento de dados, por um titular dos dados ou um detentor dos dados, a um utilizador de dados para fins da utilização conjunta ou individual dos dados em causa**, com base em acordos voluntários ou no direito da União ou nacional, **diretamente ou através de um intermediário**, por exemplo, ao abrigo de licenças abertas ou comerciais sujeitas a uma taxa ou gratuita.” (Art.º 2.º 10)
- depois, o **Regulamento estabelece**, detalhadamente, os **requisitos aplicáveis aos serviços de intermediação de dados** (Art.ºs. 10.º a 15.º), incluindo os “serviços de cooperativas de dados” (Art.º 10.º c) e *Considerando* (31), bem como ao “**Altruísmo de dados**” (Art.ºs 16.º a 25.º e *Considerados* (45) a (52)
- além disciplinar a **reutilização de determinadas categorias de dados protegidos detidos por organismos do setor público** [Administrativo] (Art.ºs 3.º a 9.º), indo além do disposto na **Diretiva (UE) 2019/1024**, de 20 de junho, relativa aos ***dados abertos e à reutilização de informações do setor público***
 - **incluindo os detidos por motivos “confidencialidade comercial**, nomeadamente segredos comerciais, profissionais e empresariais” e até para “proteção dos direitos de propriedade intelectual de terceiros” (Art.º 3.º n. 1 a) e c), desde que sejam “alterados, agregados ou tratados por qualquer outro método de controlo da divulgação” (Art.º 5.º n.º 3 a) ii)

- mas, o **interesse maior** está na **Proposta de Regulamento Dados**, na qual a **Comissão Europeia** explicita que:
 - os “**Dados interoperáveis e de elevada qualidade** provenientes de diferentes domínios aumentam a competitividade e a inovação e asseguram um crescimento económico sustentável. O mesmo conjunto de dados pode ser potencialmente utilizado e reutilizado para diversos fins e a um nível ilimitado, sem prejuízo da sua qualidade ou quantidade.” (*Considerando (1), in fine*), mas
 - “**Os obstáculos à partilha de dados impedem a melhor distribuição dos dados em benefício da sociedade.** Esses obstáculos incluem a ausência de incentivos para que os detentores de dados celebrem voluntariamente acordos de partilha de dados, a incerteza quanto aos direitos e obrigações relacionados com os dados, os custos da contratação e da execução de interfaces técnicas, o elevado nível de fragmentação da informação em silos de dados, a má gestão dos metadados, a ausência de normas para a interoperabilidade semântica e técnica, os estrangulamentos que impedem o acesso aos dados, a ausência de práticas comuns de partilha de dados e os abusos de desequilíbrios contratuais no que respeita ao acesso e à utilização dos dados.” (*Considerando (2), consequentemente*

Dos dados não pessoais na União Europeia

- **concluindo** que “A fim de tirar partido dos importantes benefícios económicos dos dados como um bem não rival para a economia e a sociedade, **é preferível adotar uma abordagem geral de atribuição de direitos de acesso e de utilização sobre os dados em detrimento da concessão de direitos exclusivos de acesso e utilização.**” (*Considerando (6), in fine*)
- pelo que, se a **Proposta** parte da **caraterização** (Art.º 2º):
 - do “«**Detentor dos dados**» [como] uma **pessoa** singular ou coletiva **que tem o direito ou a obrigação**, nos termos do presente regulamento, da legislação aplicável da União ou da legislação nacional que transpõe o direito da União, **ou, no caso de dados não pessoais e através do controlo da conceção técnica do produto e dos serviços conexos, da capacidade de disponibilizar determinados dados**” (6)
 - do “«**Utilizador**» [tido como] uma **pessoa** singular ou coletiva que é **proprietária, arrendatária ou locatária de um produto ou que recebe um serviço**” (5) e
 - do “«**Destinatário dos dados**» [enquanto] uma **pessoa** singular ou coletiva que **age para fins relacionados com a sua atividade comercial, empresarial, artesanal ou profissional**, que não seja o utilizador de um produto ou serviço conexo, **à qual o detentor dos dados disponibiliza os dados**, incluindo um terceiro na sequência de um pedido do utilizador ao detentor dos dados ou em conformidade com uma obrigação legal ao abrigo do direito da União ou da legislação nacional que transpõe o direito da União” (7)

- tendo **por referência** um «**Produto**» [i.e.] um **bem tangível e móvel**, incluindo quando incorporado num bem imóvel, que **obtem, gera ou recolhe dados relativos à sua utilização ou ao seu ambiente e que é capaz de comunicar dados através de um serviço de comunicações eletrónicas** publicamente disponível e cuja função principal não consiste no armazenamento e no tratamento de dados.” (2), **excluindo os que necessitam intervenção humana**, como os computadores, os celulares ou os drones (*Considerando 15*)
- em seguida, **disciplina**, em detalhe:
 - **Cap. II – a “partilha [compartilhamento] de dados entre empresas e consumidores e entre empresas”**, com “a obrigação de tornar acessíveis os dados gerados pela utilização de produtos ou serviços conexos” (Art.º 3.º), “o direito dos utilizadores de acederem [acessarem] e utilizarem os dados gerados pela utilização de produtos ou serviços conexos” (Art.º 4.º), o “direito de partilhar dados com terceiros” (Art.º 5.º) e as “obrigações dos terceiros que recebem dados a pedido do utilizador” (Art.º 6.º), com uma limitação do “âmbito das obrigações de partilha de dados entre empresas e consumidores e entre empresas” (Art.º 7.º) destinada a favorecer as PME;
 - mas, com **proteção dos segredos comerciais** e dos direitos de propriedade intelectual, através de medidas técnicas de confidencialidade (Art.ºs 4.º n.º 3, 5.º n.º 8, 8.º n.º 6, 17.º n.º 2 c) e 19.º n.º 2, assim como *Considerandos* (28) e (66)

- **Cap. III** – as “**obrigações dos detentores dos dados legalmente obrigados a disponibilizar os dados**”, estabelecendo as “condições em que os detentores dos dados disponibilizam os dados aos seus destinatário” (Art.º 8.º) e a “compensação pela disponibilização de dados” (Art.º 9.º), além de regras sobre a “resolução de litígios” (Art.º 10.º), as “medidas técnicas de proteção e disposições relativas à utilização ou à divulgação não autorizadas de dados” (Art.º 11.º) e delimita ainda o “âmbito das obrigações dos detentores dos dados legalmente obrigados a disponibilizar os dados” (Art.º 12.º)
- **Cap. IV** – as “**cláusulas [contratuais] abusivas relativas ao acesso aos dados e à sua utilização entre empresas**” (Art.º 13.º) e
- **Cap. V** – a “**disponibilização de dados aos organismos do setor público e às instituições, agências ou organismos da União com fundamento em necessidades excepcionais**” (Art.ºs 14.º a 22.º)
- **Cap. VI** – a “**mudança entre serviços de tratamento de dados**” (Art.ºs 23.º a 16.º), o que exige
- **Cap. VIII** – a respetiva “**interoperabilidade**” (Art.ºs. 28.º a 30.º)
 - *i.e.*, “a capacidade de dois ou mais espaços de dados ou redes de comunicações, sistemas, dispositivos, aplicações ou componentes, procederem ao intercâmbio de dados e utilizarem-nos, de modo a desempenharem as suas funções” (Art.º 2.º 19)

- **Cap. VII** – as “**garantias para os dados não pessoais em contextos internacionais**” (Art.º 27.º)
- **Cap. IX** – a “**execução e fiscalização do cumprimento**” (Art.ºs 31.º a 34.º), pelos Estados-Membros e a Comissão Europeia, incluindo o direito de reclamar, para além das garantias contenciosas, e ainda o
- **Cap. X** – explicita que “**A fim de não impedir o exercício do direito dos utilizadores de acederem e utilizarem esses dados**, em conformidade com o artigo 4.º do presente regulamento, **ou do direito de partilharem esses dados com terceiros**, nos termos do artigo 5.º do presente regulamento, **o direito sui generis** previsto no artigo 7.º da Diretiva 96/9/CE **não é aplicável às bases de dados que contenham dados obtidos ou gerados pela utilização de um produto ou serviço conexo.**” (Art.º 35.º)
- além de estarem perspectivados **regimes sectoriais** (Art.º 40.º n.º 2), apontando para os “**espaços comuns europeus de dados**”
- mas, as **negociações** ainda **estão começando** no seio do **Conselho de Ministros** e do **Parlamento Europeu**, antes de ambas as Instituições procuram o necessário acordo, com a participação da **Comissão Europeia**