

Direitos sobre dados industriais e a Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*

Prof. Dr. Maximilian Becker**

Introdução

O tema *direitos sobre dados* é objeto de intensa atenção na contemporaneidade: a nível europeu discute-se, no âmbito da “Estratégia para o Mercado Único Digital” (“Digital Single Market Strategy” – DSMS), a “propriedade” sobre dados (vide infra VII).¹ Na Alemanha, sob o mote “Recomeço Digital” (“Digitaler Neustart”), um grupo de trabalho reunindo vários Estados Federados, o Ministério da Justiça e de Proteção ao Consumidor (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz - BMJV) e sob a liderança do Estado da Renânia do Norte-Vestefália oferecerá, em 2017, ao legislador (federal), um parecer - sendo até mesmo possível que se avance às primeiras propostas de regulamentação - onde será tratada a questão sobre um direito de oponibilidade real sobre dados. Por sua vez a DJT (Deutscher Juristentag) tratou neste ano – sob a perspectiva de proteção de dados, entre outras – da questão de uma possível reformulação do Código Civil alemão (BGB) adequada ao desenvolvimento digital.² Além disso, associações, como por exemplo a das Indústrias alemãs BDI - Bundesverband der Deutschen Industrie, a Associação Digital BITKOM e a VDI - Verein Deutscher Ingenieuren vêm trabalhando com o tema. Tendo isto em conta, a Associação alemã para a Propriedade Intelectual e Direito de Autor (Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht – GRUR) constituiu, em setembro de 2015, sob a coordenação de *Herbert Zech*, o Grupo de trabalho “Direitos sobre dados”, com o objetivo de verificar em que medida os dados já estão, de *lege lata*, protegidos ou se seria necessária a adaptação do quadro legislativo bem como, possivelmente, a criação de um novo direito de propriedade intelectual. O intercâmbio entre os atores mencionados - aqui enumerados de forma não exaustiva – vem ocorrendo de forma não coordenada, o que, sob a perspectiva de variedade de linhas de pesquisa

* Trabalho original em alemão, intitulado *Rechte an Industrial Data und die DSM-Strategie*, publicado na GRUR Newsletter 01/2016, págs. 7-11, acessível no endereço http://www.grur.org/uploads/media/2016-01_GRUR_Newsletter.pdf. Tradução: Karin Grau-Kuntz.

** Professor-Doutor em Direito Civil e em Direito da Propriedade Intelectual, bem como codiretor do *Institut für Medien- und Kommunikationsrecht* (IMKR) na Universidade de Siegen, Alemanha.

¹ COM (2015) 192 final - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=pt>

² Vide o Parecer de *Faust*, 71. DJT 2016, pág. 45 ss., em <http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/1376130/26847040/1455040340113/Faust+Digitale+Wirtschaft+-+Analoges+Recht+Gutachten+fur+den+71.+DJT.PDF?token=nCa3JwfVpCG5JZWkYHYwATPzPEw%3D>

e ideias, poderá acabar por ser vantajoso. Tendo isto em conta, o presente artigo oferece um apanhado geral sobre o tema direito sobre dados, acompanhado com algumas reflexões e opiniões pessoais.

I. Dados e informações como objeto de Direito

O direito sobre bens imateriais é direito sobre a informação. Seja em relação ao Direito de Patentes, ao Direito de Autor ou ao Direito sobre Desenhos Industriais, a Propriedade Intelectual é caracterizada por direitos sobre informações e seu uso exclusivo. Geralmente tratam-se aqui de informações sintáticas (por exemplo imagens, textos, formas) e, mais raramente, de informações puras, i.e., as chamadas informações semânticas (uma patente, por exemplo, protege a invenção como tal).³ Desse modo a proteção está geralmente vinculada a um avanço qualitativo como, por exemplo, um determinado nível de originalidade ou a novidade técnica e aplicabilidade industrial das informações.

As reflexões vinculadas ao tema propriedade “sobre dados” reportam, todavia, a dados em geral, i.e., a dados de *qualquer* conteúdo. Dados são uma forma de manifestação de informação sintática, sendo definidos como “representação reinterpretabil da informação de maneira formalizada, (especialmente) adequada para comunicação, interpretação ou processamento (mecânicos)”.⁴ Dados são uma espécie de embalagem, um meio de transporte de informações semânticas e sintáticas. Assim sendo, vários planos podem se sobrepor: um romance consiste em informações sintáticas na forma de uma sequência de sinais protegíveis pelo direito de autor que, por sua vez, contém informações semânticas (enredo, personagens etc.).⁵ No caso dos livros digitais, arquivos em formato PDF e outros arquivos tudo isto está codificado em forma digital (em números um e zero). Dessa forma um grande telescópio fornece, por exemplo, uma enorme quantidade de dados que poderá conter conhecimento completamente novo sobre o universo ou, possivelmente, conhecimento sobre uma nova lei da natureza. Este conhecimento, porém, está *encoberto* nos dados.

E aqui desponta o problema: um “direito sobre dados” iria abranger todos os dados, i.e., um espectro que abarca desde os dados processados em imagens de satélite, passando pelo conteúdo armazenado em nuvens pessoais e incluindo dados brutos não selecionados. A ausência do avanço qualitativo maximiza a) a variedade de dados e, assim, expande b) o círculo de interessados potenciais de tal forma, que a constelação de interesses típica do Direito de Propriedade Intelectual - criadores/produtores, exploradores e consumidores, bem como outras poucas partes interessadas (uso público, educação/pesquisa, arte) - deixa de ser apropriada. Não delimitado o bem “dados” é tão abrangente que, para fins de sua qualificação, não será possível valorá-lo de forma homogênea. A

³ Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, pág. 250.

⁴ ISO/IEC 2382:2015; Zech (Nota. 3), 32 s., 44.

⁵ Veja também Becker DuD 2013, 207, 209.

determinação de quem pode vir a ser considerado como titular de direitos exclusivos, bem como quais outras partes e quais conflitos devem ser considerados, só será possível naqueles casos que envolvam uma constelação de interesses concreta, estreita.

II. Big Data e o "petróleo do futuro"

A retórica de que os dados seriam o "petróleo" ou a "matéria-prima" do futuro sugere uma compreensão proprietária: matérias-primas com valor patrimonial devem ser passíveis de apropriação e devem ser comercializáveis. De fato muitos dados/compilações de dados têm um valor patrimonial, porém de uma forma diversa da do petróleo ou do dinheiro. O conceito de "Big Data" não reporta apenas a uma enorme quantidade de dados, mas, e acima de tudo, está relacionado ao seu processamento em tempo real e em conexão com a sua disponibilidade constante em aplicativos em nuvem. A montanha de dados apenas se tornará valiosa frente à infraestrutura necessária (capacidade de processamento de dados e velocidade de sua transmissão). É ela – a infraestrutura necessária que possibilita ir muito mais além do que já d'antes se foi com processamento de dados – quem lhes empresta valor prático. Além disso, a montanha de dados não cessa de crescer e se modificar. O suposto petróleo é, em regra, produzido como um mero subproduto, de forma que, para além da sua qualidade de bem não-rival, ele não se caracteriza, em muitos casos, como um recurso escasso.

De forma ilustrativa e sob a perspectiva das informações e áreas de negócios futuras, os dados estão possivelmente mais para uma "horta" do que para "frutos". Ao invés de seu valor agregado ser encontrado no comércio de dados, ele também poderá estar em variantes de interpretação de dados e nas ofertas baseadas nessa releitura. Nesse sentido, a Comissão Europeia⁶ aponta a um setor de serviços em rápido crescimento na área industrial e que poderá vir ganhar grande relevância. As plataformas de *carsharing* (que geram uma grande quantidade de diferentes dados) servem aqui como exemplo. Nessa linha e no que toca o direito na era do *Big-Data* seria mfope concentrar o foco na exploração imediata por meio da venda ou disponibilização de dados brutos.

O tipo de dados que atualmente mais parece apresentar características de matéria-prima dotada de valor patrimonial é o de dados pessoais coletados por meio de *cookies*, aplicativos de *smartphones*, mídias sociais ou produtos inteligentes. Os resultados que se retiram desses aplicativos *Big-Data* representam, na verdade e frequentemente, meras ferramentas que servem a um mercado secundário, nomeadamente o mercado publicitário que, por sua vez, serve para a promoção dos "verdadeiros" produtos. Porém, e apesar disto, são eles dotados de valor patrimonial (veja abaixo item IV). No que

⁶ COM (2016) 180 final (PT), pág. 4, em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0180&from=pt>

tocam os dados relativos a fitness/saúde ou os dados pessoais telemáticos há ainda outras formas de exploração direta como, por exemplo, aquela vinculada ao setor de seguros.

Por outro lado, a expressão “dados industriais” reporta a dados sobre, como também a dados originários da indústria. Exemplos aqui são os dados referentes a contentores de transporte, que oferecem informações sobre localização e condição da carga, os dados de sensores em máquinas de produção ou, ainda, dados de trânsito, que servem para otimização de processos de logística.⁷ Também nesses casos a utilização desses dados ocorre, geralmente, de forma indireta. Quase todas as utilizações de dados industriais mencionadas em estudos reportam à otimização de processos vinculados, por exemplo, em relação a formas de economia de material, redução de intervalos de manutenção (graças à manutenção preventiva e remota), eficiência de armazenamento e a otimização do aproveitamento dos recursos (por exemplo na agricultura de precisão). Os efeitos destas vantagens para a (neo)revolução industrial não são, porém, meramente positivos (especialmente no que toca o mercado de trabalho). Na verdade, os efeitos de algumas inovações vão para além de simples melhoria. Os sistemas de autocondução e de auto aprendizado de trânsito e logística podem, por exemplo, vir a alterar indústrias inteiras ou a até mesmo aboli-las. Isto posto, não faz sentido a percepção de dados como mera matéria-prima. E isto sem mencionar o fato de que, de um modo geral, não é possível deles tirar imediato proveito ou aumentar o seu aproveitamento através de escassez artificial sob a forma de direitos de propriedade. Factualmente trata-se de conteúdo substancialmente complexo.

III. Um novo direito exclusivo sobre dados?

Atualmente discute-se com grande vigor a necessidade de se criar um novo direito exclusivo sobre dados. O direito vigente já abrange, sob diversas perspectivas, os dados e as informações. Nesse sentido e no que toca o direito de propriedade intelectual alemão destaca-se, especialmente, o Direito de Patente, o Direito de Autor (inclusive a proteção garantida aos produtores de banco de dados, §§ 87 e ss. da Lei sobre o Direito de Autor), Direito sobre os Modelo de Utilidade e o Direito sobre Modelo Industrial. A esses soma-se a proteção garantida aos segredos de negócios (§§ 17 ss. da Lei contra a Concorrência Desleal), bem como, para constelações especiais, uma proteção complementar (§ 4 Nr. 3 Lei contra a Concorrência Desleal).⁸ Evidentemente os instrumentos mais comuns e mais eficazes para a proteção de todos os tipos de dados continuam a ser a propriedade sobre o suporte de

⁷ *Wulf/Burgenmeister* CR 2015, 404.

⁸ Nesse sentido apenas *Zech* (Nota. 3); *o mesmo* CR 2015, 137; *o mesmo* GRUR 2015, 1151.

dados e a utilização de criptografia. Finalmente, o Direito Penal protege os dados através dos §§ 202a-d; 303a do Código Penal (veja abaixo item III.1.).

Isto posto, para a criação de direitos exclusivos adicionais sobre dados seria no mínimo necessário poder apresentar alguns casos paradigmáticos para os quais o quadro jurídico atual não garantisse uma proteção razoável (!). Não basta, então, apenas indicar lacunas de proteção. Pelo contrário, precisa-se ter uma carência efetiva por solução e, a seu turno, deverá ser, para tanto, verificado a quem e quais direitos sobre dados deveriam ser garantidos. Tendo em conta que as situações que aqui se colocam se apresentam de forma desordenada, determinar a quem e quais direitos sobre dados deveriam ser garantidos será, sem que se proceda a limitações adicionais – por exemplo a limitação a certos tipos de dados ou a serviços intermediários – e como anteriormente mencionado, praticamente impossível de se realizar.

1. Possíveis caminhos para a proteção de dados

São basicamente três os caminhos principais para a proteção de dados: a tutela da integridade dos dados, a proteção de segredos e a proteção da exploração dos dados no sentido de uma garantia de proteção sobre bens imateriais.⁹

Na Alemanha a *integridade dos dados* já vem amplamente protegida pela via do direito penal, especialmente pelo § 303a do Código Penal. No que tange a reparação de danos pela via do direito civil aplica-se o § 823, 2 do Código Civil. Além disso, uma posição fortemente defendida pela doutrina indica pelo resguardo da integridade do banco de dados como um “outro direito”¹⁰, na linha do § 823, 1 Código Civil.¹¹ Ainda, defende-se a proteção da integridade de dados pela via de um direito de propriedade sobre o suporte de dados,¹² bem como por meio de um direito de exclusividade sobre dados nos termos do § 903 do Código Civil (por analogia).¹³

Os §§ 17 e ss. da Lei contra a Concorrência Desleal oferecem, por sua vez, e em medida relativamente ampla, *proteção aos segredos de negócios e segredos de empresas*. A tutela do dispositivo estende-se apenas àquelas informações mantidas em segredo por meio de medidas técnicas e organizacionais adequadas. Situação semelhante coloca-se frente à recentemente adotada diretiva relativa à proteção

⁹ Becker FS Fezer 2016, pág. 815, 821ss.; Zech CR 2015, 137, 140.

¹⁰ § 823, 1 do Código Civil alemão: “Responsabilidade por danos. (1) Aquele que intencionalmente ou por negligência viola vida, corpo, saúde, liberdade, propriedade ou *outro direito* de terceiro está obrigado a reparar os prejuízos daí resultantes.” (grifo nosso)

¹¹ Nesse sentido BeckOK-BGB/ Spindler (1/2013), § 823 Rn. 93; Meier/Wehlau, NJW 1998, 1585, 1588 f.; Bartsch, FS Schneider, 2014, § 22 Rn. 28 s., 31

¹² OLG Karlsruhe NJW 1996, 200; OLG Oldenburg MDR 2012, 403; Rombach CR 1990, 101, 104.

¹³ Hoeren, MMR 2013, 486.

de know-how e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais). Neste contexto o Art. 2 parágrafo 1 consigna que a proteção vem limitada às informações que, em relação a confidencialidade, sejam comercialmente valiosas e que, ainda, tenham “sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, para serem mantidas secretas”. No seu § 202a e seguintes o Código Penal acautela o titular contra a espionagem intencional e interceptação de dados. O § 202c trata da preparação daqueles atos, enquanto o § 202d protege contra a receptação de dados. À parte destas disposições, o problema relacionado à verdadeira espionagem industrial – em semelhança ao da contrafação na Internet – não está na ausência de proibições, mas antes na aplicação da lei. Nessa linha, a criação de novas leis em nada contribui; o que auxilia é adoção de medidas de segurança de informação.

É em relação à *proteção vinculada à exploração de dados* onde se encontra a maior presença de lacunas. Como já mencionado, por trás da *Big Data* escondem-se, acima de tudo, processos de análise de dados. Nesse sentido o fator relevante aqui é a atribuição da prerrogativa de *exploração* dos dados. Os direitos exclusivos já previstos são caracterizados pela atribuição positiva de prerrogativas de exploração de bens, especialmente por via de uma correspondente obrigação de indenização (a depender do caso empregar-se-á um fator triplo como base de cálculo da compensação), por condições de intervenção (*Eingriffscondiktion*) e pelas prerrogativas dispostas no § 687, 2 do Código Civil. Preliminarmente a isto tem-se a atribuição de prerrogativas exclusivas relacionadas a ações determinadas que recaem, na forma de direitos de exploração, sobre ou em relação a um direito de exploração protegido. Propostas da doutrina relacionadas à proteção vinculada à exploração são, porém, e até o momento, escassas.¹⁴

2. Eventuais causas de proteção

Os dados industriais geralmente não estão vinculados a contribuições originais do produtor de dados ou de outros atores aqui relacionados. Ainda, não é possível lhes atribuir de forma consistente prerrogativas de exploração arguindo que tais prerrogativas seriam um apêndice do direito de propriedade (exemplo aqui seria o direito de usufruto).¹⁵ Nesse sentido a consideração do investimento procedido em relação à compilação dos dados e, eventualmente, a consideração de aspectos da proteção de segredos despontam, em primeira linha, como a base para a garantia de uma possível propriedade intelectual sobre dados e, dessa forma, como critério para a atribuição da

¹⁴ Zech (Nota 3), 421 ff.; o mesmo CR 2015, 137; o mesmo GRUR 2015, 1151, 1159 f.; Becker, FS Fezer, 2016,

815, 823ss.

¹⁵ Nesse sentido *Grosskopf* IPRB 2011, 259.

prerrogativa de exploração. Para tanto faz-se, porém, necessário, tratarem-se de investimentos em relação aos quais o ordenamento jurídico alimente interesses. Por essa razão e a exemplo da proteção orientada em investimento e garantida a outros resultado de trabalhos,¹⁶ como nos casos dos § 85 s., § 87a ss. da Lei de Direito de Autor alemã, seria necessário desenvolver critérios adicionais que limitariam a proteção a determinados tipos de dados.

3. Estado da discussão e as incertezas entre as partes

O ponto mais notável das discussões atuais parece estar nas incertezas de quase todos os titulares potenciais. Nas discussões levadas a cabo até o momento com representantes das indústrias não se deixa praticamente antever um desejo claro no sentido de um direito sobre dados. Pelo contrário, percebe-se em parte até mesmo uma clara rejeição nesse sentido. As partes envolvidas parecem aguardar em que direção os mercados de dados se desenvolverão. No mesmo sentido os legisladores europeu e alemão ainda não adotaram uma posição determinada em relação à necessidade de uma nova proteção. Essa incerteza está relacionada a diversos motivos:

- Não está claro quais modelos de negócios serão desenvolvidos no futuro e, com relação a estes negócios, a quem deverão ser garantidos direitos ou se suas garantias deverão ser evitadas. Tendo em conta a variedade dos dados e o fato de que sua utilização não é uniforme, bem como frente a falta de unicidade dos produtores ou das condições de produção, coloca-se, em relação a eles, uma grande variedade de interessados em potencial.¹⁷
- Aplica-se atualmente no mercado de dados – livre, na acepção de Lawrence Lessig – a frase "Code is Law". O levantamento e processamento do produto dados (em parte criptografado) representam para os usuários processos dificilmente compreensíveis, garantindo aos proprietários um domínio de fato em grau praticamente máximo sobre o produto. Nesse sentido a garantia de um direito exclusivo pressupõe a ampla ponderação de interesses e, sendo assim, implicará, muito

¹⁶ Aqui trata-se dos chamados *Leistungsschutzrechte* (direitos sobre performance). Os *Leistungsschutzrechte* protegem determinadas performances, como por exemplo a organização de concertos (§ 81 da Lei de Direito de Autor) ou a apresentação musical (§ 73 da Lei de Direitos de Autor) contra as suas explorações econômicas. Enquanto o direito sobre a propriedade imaterial reporta a determinados objetos (invenções, obra, marca etc.), os *Leistungsschutzrechte* protegem determinadas performances humanas.

¹⁷ Compare com OECD-Report, Data Driven Innovation, 2015, pág. 195 s.

provavelmente, em obrigações de se prestar informações e de transparência, bem como em diferentes regras limitativas.

- Sob uma perspectiva macroeconômica argumenta-se que "Data-Driven Innovation" exige o acesso à maior quantidade possível de dados, razão pela qual sua monopolização seria contraprodutiva.¹⁸ O forte crescimento de investimentos em aplicações de *Big Data* também não aponta a um deficit de proteção.¹⁹ Nesse sentido a OCDE defende o acesso aberto aos dados, para o qual há também, a nível da UE, várias abordagens,²⁰ tais como o "Portal Europeu de Dados" que resultou da Diretiva-ISP.²¹

Já mesmo a presente exposição, que é realizada de modo bastante simplificado, sugere que uma "propriedade geral sobre dados" provavelmente implicará em mais problemas do que em soluções. Por outro lado, uma infraestrutura juridicamente adequada viabilizaria modelos de negócios baseados em dados que implicam, frente à proteção vigente, em riscos muito altos para os investimentos empregados e que, eventualmente, permitiriam substituir algumas soluções técnicas por jurídicas. Para tanto seria necessário que, concomitantemente com o levantamento e produção de dados, também as suas utilizações por terceiros fossem promovidas, o que poderia ser viabilizado por meio de um direito exclusivo em forma de licenças vinculadas a preços adequados e outros mecanismos de abertura.

4. Solução provisória: direito dos contratos

A solução atualmente empregada com maior frequência para as situações que envolvem a troca de dados é aquela vinculada ao direito dos contratos complementada, ainda, por medidas de proteção técnica. Pode-se, sem maiores problemas, considerar os dados como o substrato do trabalho e, de acordo com o direito alemão, passíveis de serem objetos de um contrato de compra de direitos nos termos do § 453 do Código Civil.²² O direito de contratos é flexível, sob uma perspectiva internacional facilmente adaptável e, acima de tudo, independente da existência de possível proteção contida no ordenamento jurídico dos países envolvidos. De forma similar ao que ocorre em relação a "novos produtos", as desvantagens dessa solução podem ser antevistas na capacidade comercial

¹⁸ OECD-Report (nota 13) pág. 197ss.; Mitt. „Open data – An engine for innovation, growth and transparent governance“ COM (2011) 882.

¹⁹ *Dorner* CR 2014, 617, 626.

²⁰ Compare em geral com a Comunicação "Dados Abertos" COM (2011) 882.

²¹ <http://www.europeandataportal.eu>.

²² *Staudinger/Beckmann* (2013), § 453 Rn. 36; *Erman/Grunewald*, § 453 Rn. 27.

limitada dos direitos relativos, na fraca proteção em relação aos terceiros e na precária possibilidade de deles se fazer valer em relação a medidas de falência ou de execução (vide abaixo item VI). Típico aos acordos contratuais que envolvem dados é a relação jurídica entre dois sujeitos obrigacionais, direitos de acesso, bem como o direito de exigir a entrega ou a destruição dos dados.²³

IV. Os direitos sobre dados de máquina em conflito com a proteção de dados pessoais

Um tema importante nos próximos anos tocará os conflitos entre posições jurídicas de fato protegidas relacionadas aos dados de máquina e aquelas relacionadas à proteção de dados pessoais. Mais cedo ou mais tarde a “Internet das Coisas” conectará de forma corriqueira numerosos artigos diários (televisores, máquinas de lavar, carros, casas, relógios, etc.), i.e., “produtos inteligentes”, com a Internet. Os fabricantes destes produtos tirarão vantagens dos dados recolhidos por meio desses aparelhos. Os dados de máquinas, como por exemplo aqueles referentes ao desgaste dos componentes, à configuração dos aparelhos ou à frequência de suas utilizações também fornecem, forçosamente, informações sobre os usuários. Isto dá margem a futuras questões envolvendo pessoas privadas como titulares de uma propriedade geral sobre dados (vide supra III), direitos patrimoniais sobre dados pessoais (vide infra) e, não menos importante, questões vinculadas à aplicabilidade do direito de proteção de dados pessoais. No que toca este último ponto é ainda hoje facilmente possível optar por produtos que não estejam conectados ou que se deixam simplesmente desconectar da Internet. Está-se, porém, na iminência de um futuro quando será difícil adotar uma forma de vida pautada pela economia de dados sem que, concomitantemente, seja necessário abrir mãos de usufruir de inovações técnicas. Um problema semelhante coloca-se no âmbito de negócios B2B (Business to Business), quando o fabricante da máquina mantém uma ligação à Internet para os seus produtos em uso. A adoção de “clearing houses” para os dados de máquinas, bem como um direito a veto, que seria garantido aos usuários, ou mesmo um “direito a produtos livres de mecanismos de recolha de dados” podem ser mencionadas como possíveis soluções para um conflito com o direito de proteção de dados pessoais.²⁴

V. Direitos patrimoniais sobre os dados pessoais

Com relação a esta problemática questiona-se se o direito vigente ainda é capaz de satisfazer a importância econômica dos dados pessoais. Os usuários da Internet tendem a consentir amplamente a revelação de seus dados pessoais, dando seus acordos a declarações de políticas de privacidade que

²³ Compare com Bitkom, *Rechtliche Aspekte von Industrie 4.0*, S. 19 (<http://tinyurl.com/jfxz78q>).

²⁴ *Becker*, FS Fezer 2016, 815, 826 ss.

não leram para, desta forma, terem acesso a serviços supostamente gratuitos. Embora muitas destas declarações sejam formuladas imprecisamente e as suas condições sejam muito abrangentes e, desse modo, inválidas frente aos direitos vigentes alemão e europeu relativos às cláusulas de adesão e proteção de dados pessoais, os envolvidos as tratam como válidas.

A proposta de que mercados de dados sejam reconhecidos,²⁵ onde os consumidores poderiam alienar seus dados de forma onerosa e segura, vem sendo oferecida com frequência crescente como forma para resolver o problema que envolve essas práticas de fato e juridicamente insatisfatórias. Sob uma perspectiva jurídica isso se traduz em reflexões sobre um direito patrimonial sobre dados pessoais²⁶ e, de forma semelhante, sobre a formação de direitos patrimoniais sobre bens de personalidade.²⁷ Este debate deve ser apartado da questão sobre uma propriedade sobre dados em geral. Este último seria superposto pela proteção (patrimonial) de dados pessoais.

A este respeito e em poucas palavras: os instrumentos decisivos para a prossecução de um ajuste legal desse direito de dados estão na capacidade do dado como bem comercializável e na proteção de exploração acima mencionada (supra III.1.). Soluções em uma ou outra direção são possíveis. Além disso, a nível europeu já são procedidas reflexões iniciais voltadas à adoção de medidas de suporte para os chamados “personal information management services“ (z.B. digi.me); ademais, um projeto atual de diretiva já trata os dados pessoais como meio de troca para conteúdos digitais.²⁸ A verdadeira questão está, no entanto, relacionada às consequências que o domínio técnico sobre dados, a alta capacidade de comércio e a transparência significarão para a proteção de dados pessoais. Quer-se de fato uma solução de mercado para este bem? Note-se que o desejo de inovação digital (vide item VII) e os altos standards do “Regulamento relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados” apresentam-se, em extensão considerável, de forma contraditória.

VI. Insolvência e estabilidade de execução

Um dos campos jurídicos vinculados ao direito sobre dados com relevância em relação à prática judicial é o do direito de falência. Nesse sentido o Oberlandsgericht (Tribunal de Justiça de segunda instância) de Düsseldorf²⁹ teve de tratar, no âmbito de um processo de insolvência, sobre um possível

²⁵ Compare com *Rosenbach*, DER SPIEGEL 11/2016, S. 82 s.

²⁶ *Kilian*, GS Steinmüller 2014, 195 (205 ss.); *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 2006, S. 208 ss.

²⁷ Vide apenas *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995.

²⁸ Art. 3 Abs. 1, 16 Abs. 4, ErwG 13 s., 37 Proposta de Diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais COM (2015) 634 final.

²⁹ OLG Düsseldorf NZI 2012, 887.

direito do credor da massa insolvente de obter a restituição de bens, no caso específico a restituição de dados de clientes. O Tribunal, aplicando o direito dos contratos, concluiu, então, pela presença de um direito consagrado na lei, de natureza contratual, de separação e restituição da massa insolvente. Este direito seria resultante de uma relação jurídica no sentido da primeira alternativa do § 667 do Código Civil, onde vem disposto estar o comissário obrigado a restituir tudo o que recebeu para executar o contrato e, ainda, no sentido do § 675 do Código Civil.³⁰ Por outro lado prerrogativas de restituição retiradas de uma relação puramente contratual representam um risco, posto aqui colocar-se a questão se elas, apesar da recusa de cumprimento do contrato³¹, continuariam a ter valor como obrigação acessória.³²

Uma solução compatível com a garantia de um direito exclusivo residiria no reconhecimento de um direito real de separação da massa insolvente³³ e, paralelamente, no que toca o direito de execução, no reconhecimento de um direito absoluto que impediria a alienação.³⁴ Para tanto o credor necessitaria ser titular de um direito “sobre” os dados, que justificaria entendê-los como não pertencentes à massa insolvente³⁵ ou que justificaria removê-los da massa responsabilizadora do título de execução.³⁶ Isto posto poder-se-ia considerar o reconhecimento de um direito isolado do proprietário dos dados de separação da massa insolvente como um desenvolvimento judicial do direito.³⁷ Este é um dos vários aspectos da “coisificação” [*Dinglichkeit*] dos dados.³⁸ Tendo em conta a diversidade dos dados (veja supra I), soluções encontradas pela via do desenvolvimento judicial do direito só serão concebíveis para situações de interesse bem definidas, como por exemplo para aquelas que tocam os dados de um usuário estocados em nuvem.

Um caminho entre as opções citadas passa – em analogia – pelo § 1004 do Código Civil, que dispõe sobre as pretensões de anulação e de abstenção. Ele poderá se tornar relevante quando um direito protegido pelo § 823 do Código Civil venha a ser violado³⁹ o que é, sem dúvida, relevante para os dados (veja acima III 1).⁴⁰

³⁰ Compare com *Berger ZInsO* 2013, 569, 571.

³¹ § 103, 1 Lei de Insolvência alemã, relativo a decisão sobre relações contratuais em curso.

³² Compare com *Leupold/Haarmeyer/Hartung*, *Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht*, 3. Aufl. 2013, Teil 4 Rn. 196; *MüKo InsO/Ganter*, 3. Ed. 2013, § 47 Rn. 340 s.

³³ Primeira parte do § 47 da Lei de Insolvência: “Não é credor da massa insolvente aquele que, amparado por um direito real ou de personalidade, demonstra que um objeto não pertence a ela.”

³⁴ § 771 Código de Processo Civil alemão sobre pedido de intervenção de terceiros.

³⁵ *Uhlenbruck/Brinkmann*, *InsO*, 14. Ed. 2015, § 47 Rn. 2 s.

³⁶ Compare com *MüKo ZPO/K. Schmidt/Brinkmann*, 4. Ed. 2012, § 771 Rn. 16.

³⁷ Veja também *Berger ZInsO* 2013, 569, 572 (de lege ferenda).

³⁸ Compare com *Krebs/Becker JZ* 2009, 932, 937, 942.

³⁹ *Grützmacher ITRB* 2004, 282, 283 ss.

⁴⁰ Veja também *Jülicher ZIP* 2015, 2063, 2065.

VII. Os dados na Estratégia para o Mercado Único Digital

Por fim merece ainda menção o pacote de medidas da Comissão Europeia chamado de Industry Package, publicado em 19.04.2016 e relativo ao Mercado Único Digital, ou DSM em abreviação da sigla em inglês para *Digital Single Market*, sendo responsáveis pela temática o DG Connect⁴¹ e o DG Growth.⁴²

O documento deixa evidente a preocupação de que a Europa, no que toca a tecnologia de ponta no campo das tecnologias de informação venha, a longo prazo, ocupar uma posição global secundária, como por exemplo nos setores de supercomputadores ou no da internet das coisas.⁴³ Importantes objetivos gerais são, assim, a criação de uma infraestrutura (física) de dados europeia (sobre isto logo mais) e de standards comuns que garantirão a compatibilidade dos componentes envolvidos. Os efeitos de obstrução de mercados por ecossistemas proprietários de dados compatíveis e acessíveis de forma limitada são criticados.⁴⁴ Com isto a Comissão não está a pretender, de maneira direta, evitar direitos nacionais sobre dados, mas adota, porém e sobre a perspectiva do DSM, uma postura crítica em relação a empreitadas solitárias dos países membros.⁴⁵ Isto vale especialmente no que toca a internet das coisas.⁴⁶ O documento de trabalho “Advancing the Internet of Things in Europe” aposta em uma internet das coisas que liga objeto e serviços de forma contínua em base de tecnologia *plug-and-play*. Os standards europeus necessários são objetos de comunicado sobre standardização em tecnologias da informação e comunicação (TIC).⁴⁷ No âmbito político emerge uma abordagem dos dados, seja sob uma perspectiva política ou organizacional, caracterizada como aberta (IoT ecosystems).⁴⁸

A medida “Free Flow of Data Initiative”, anunciada pelo Comissário Europeu das pastas da Economia e sociedades digitais G. Oettinger para o final de 2016, que irá promover a livre circulação de dado não pessoais no mercado interno, será a medida mais importante para a implementação da estratégia DSM: “It will address the emerging issues of ownership, interoperability, usability and access to data in situations such as business-to-business, business to consumer, machine generated and machine-to-machine data. It will encourage access to public data to help drive innovation.”⁴⁹

⁴¹ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/dg-connect>

⁴² http://ec.europa.eu/growth/index_en, em português “Crescimento”: http://ec.europa.eu/growth/index_pt

⁴³ SWD (2016) 106 final, pág. 4.; COM (2016) 178 final, pág. 5; SWD (2016) 110/2, pág. 9.

⁴⁴ SWD (2016) 110/2, pág. 10.

⁴⁵ De acordo com informações pessoais prestadas pelos envolvidos nos DG em questão.

⁴⁶ Compare com SWD(2016) 110/2, pág. 10.

⁴⁷ SWD (2016) 110/2, pág. 4.

⁴⁸ Compare com SWD(2016) 110/2, pág. 4.

⁴⁹ COM (2015) 192 final, pág. 15.

Nos próximos tempos, as perspectivas endógenas e exógenas da Comissão estarão, assim, voltados para os desenvolvimentos na preparação dessa iniciativa.

A “European Cloud Initiative” (Iniciativa Europeia para a Nuvem) cuida da expansão da computação em nuvem na Europa. No âmbito dessa iniciativa deverão ser investidos 2 bilhões de Euros dos fundos do programa “Horizon 2020”⁵⁰ e 4,7 bilhões pelos Estados-membros e indústria. O núcleo do projeto é a European Open Science Cloud (EOSC). Sua espinha dorsal será formada pela European Data Infrastructur (EDI) que, por sua vez, consiste em “world-class supercomputing (HPC) capability, high-speed connectivity, leading-edge data storage and interfaces for cloud-based service delivery”.⁵¹ Esta deverá proporcionar a infraestrutura necessária para a gestão de dados (vide supra II), que também deverá ser acessível ao setor privado. Dessa forma o documento de trabalho voltado às infraestruturas de computação de alto desempenho (HPC) pretende alcançar assistências baseadas em computador em um prazo mais curto do que aquele previsto para o programa expansão da tecnologia de computação quântica na Europa⁵², também vinculado com a iniciativa nuvem e para o qual foi previsto um investimento de 1 bilhão de Euros.⁵³

A iniciativa European Open Science Cloud – EOSC deverá, a princípio, manter um caráter estreitamente científico o que se deve, entre outras razões, à preocupação com a força inovadora na Europa; somente em um segundo momento será acessível ao setor público e ao setor industrial, com foco especial às pequenas e médias empresas (PME). Como incentivo para o “movimento livre de dados”, a Comissão planeja liberar, a partir de 2017, dados científicos de projetos do programa-quadro de investigação e inovação *Horizon 2020*, para o qual cerca de 80 bilhões de euros de financiamento estarão disponíveis ao longo de sete anos (2014 a 2020). Em linhas gerais é dada ênfase à promoção da ciência vinculada à utilização de dados. Isto é provavelmente uma consequência do (bem-vindo) plano de “criar em todo o seu território [i.e. o europeu] uma onda de inovações digitais “da base para o topo” que envolva todos os setores industriais.”⁵⁴

III. Conclusão

Nos limites do presente artigo foi-nos apenas possível esboçar alguns temas, não tendo sido praticável considerar, por exemplo, o direito antitruste e as questões conexas referentes a um direito

⁵⁰ https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PTN.pdf

⁵¹ Fact Sheet „Digital Single Market“ <http://tinyurl.com/jttsvxl>.

⁵² COM (2016) 178 final, pág.11 – em português <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-178-PT-F1-1.PDF>

⁵³ Vide SWD (2016) 107 final; para uma visão crítica veja Gibney, nature.com v. 21.4.2016 (<http://www.nature.com/news/europe-plans-giant-billion-euro-quantum-technologies-project-1.19796>).

⁵⁴ COM (2016) 180 final (PT), pág. 8.



de acesso a dados. No que tocam discussões futuras é importante destacar, mais uma vez, que o direito sobre dados se apresenta fortemente entrelaçado com problemas técnicos e econômicos, de forma que uma ponderação de interesses só se faz possível no âmbito de constelações estreitas. Possíveis direitos de proteção deverão ser desenvolvidos de forma indutiva e introduzidos para determinados dados e em certos contextos, passo a passo. Nesse sentido, e em um futuro próximo, o desenvolvimento do Direito pela jurisprudência deverá ganhar maior relevância.