



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Direito da Propriedade Intelectual e
Apropriação Cultural:
Sobre a (im)possibilidade de proteção das expressões
culturais tradicionais portuguesas.**

Eduarda Alves da Costa

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Direito da Propriedade Intelectual e
Apropriação Cultural:
Sobre a (im)possibilidade de proteção das expressões
culturais tradicionais portuguesas.**

Eduarda Alves da Costa

Orientador: Professor Doutor Nuno Sousa e Silva

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

Aos meus pais, pelo amor incondicional
Aos meus avós, pelo carinho e palavras sábias
Aos meus amigos, por todo o apoio
Ao Diogo e à Marta, por me ampararem em todos os momentos
Ao Professor Doutor Nuno Sousa e Silva, pelos conhecimentos transmitidos e,
em especial, por me ter inculcido o gosto pela Propriedade Intelectual

“The task is not so much to see what no one yet has seen; but to think what nobody yet has thought about that which everybody sees.”

— Arthur Schopenhauer

RESUMO

As expressões culturais tradicionais e os conhecimentos tradicionais são parte integrante da herança cultural de um povo e refletem a identidade coletiva do mesmo. A cultura em que estas expressões e conhecimentos se inserem é, já, tutelada a um nível constitucional, incumbindo ao Estado proteger e salvaguardá-la, enquanto bem jurídico, e ao património cultural, material e imaterial.

A presente dissertação propõe-se a analisar a proteção das expressões culturais tradicionais ao nível da Propriedade Intelectual, por forma a permitir às comunidades locais, que criaram e protegeram estas expressões do seu património cultural, beneficiar de proteção contra a apropriação indevida e controlar o uso que é feito das mesmas.

Para tal, acreditamos que a relação entre as regras de Propriedade Intelectual e a proteção pretendida das expressões culturais tradicionais deve ser construída partindo de um balanço entre, por um lado, a sua preservação e salvaguarda e, por outro, a livre partilha de experiências culturais, impulsionando a criatividade e a inovação, sem as quais tais expressões acabariam por “morrer”.

Com este objetivo em mente, começamos por identificar brevemente a tutela oferecida à cultura e ao património cultural imaterial, pelo direito público. Em seguida, procuramos identificar os elementos essenciais das expressões culturais tradicionais, comparando-as ao conhecimento tradicional, e sublinhando as iniciativas legislativas nacionais e internacionais para proteger estes produtos.

Por fim, debruçamo-nos, em mais extensão, na análise dos regimes jurídicos em vigor no ordenamento jurídico português suscetíveis de proteger as expressões culturais tradicionais. Desta forma, percorreremos os regimes jurídicos existentes, analisando-os como possíveis formas de proteção daquelas expressões, apresentando as suas vantagens e desvantagens.

Palavras-chave: expressões culturais tradicionais; conhecimento tradicional; proteção positiva; direitos de propriedade intelectual; direitos de autor; desenhos ou modelos; marcas; marcas coletivas; marcas de certificação ou de garantia; indicações geográficas e denominações de origem.

ABSTRACT

Traditional cultural expressions and traditional knowledge are an inherent component of a people's cultural heritage and reflect their collective identity. The culture in which these expressions and knowledge are embedded are already protected at a constitutional level, being the State responsible for protecting and safeguarding culture, as a legal good, as well as the material and immaterial cultural heritage.

This dissertation proposes to analyze the protection of traditional cultural expressions at the level of Intellectual Property, in order to allow local communities, who have created and protected these expressions of their cultural heritage, to benefit from protection against misappropriation and to control their use.

To this end, we believe that the relationship between Intellectual Property rules and the intended protection of TCE should be constructed taking into consideration the balance between, on one hand, the safeguarding and preservation of cultural expressions and, on the other, the free exchange of cultural experience, as a form of creativity and innovation, without which such expressions would eventually “die”.

With this objective in mind, we begin by briefly identifying the protection offered to culture and intangible cultural heritage by public law. Next, we seek to identify the essential elements of traditional cultural expressions, comparing them to traditional knowledge, and highlighting national and international legislative initiatives to protect these products.

Finally, we turn, at greater length, to an analysis of the legal regimes in force under Portuguese Intellectual Property Law that are likely to protect traditional cultural expressions. Therefore, we will go through the existing legal frameworks, analyzing them as possible ways of protecting those expressions, presenting their advantages and disadvantages.

Keywords: traditional cultural expressions; traditional knowledge; positive protection; intellectual property rights; copyright; designs; trademarks; collective trademarks; guarantee or certification marks; geographical indications and denominations of origin.

ÍNDICE

RESUMO	9
ABSTRACT.....	11
ÍNDICE	13
ADVERTÊNCIAS	15
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	17
INTRODUÇÃO.....	19
CAPÍTULO I: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CULTURA.....	20
1. A tutela constitucional da Cultura e as dificuldades na sua definição: adoção de um conceito amplo de Cultura.....	20
CAPÍTULO II: DA APROPRIAÇÃO CULTURAL DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS: O CONHECIMENTO TRADICIONAL E AS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS.....	23
1. Excurso: as patentes sobre o conhecimento tradicional e a sua pirataria.	27
2. A Propriedade Intelectual como barreira à apropriação indevida.	29
CAPÍTULO III: REGIMES JURÍDICOS DE PROTEÇÃO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS.	32
1. Considerações iniciais.	32
2. A experiência internacional: tentativas da comunidade internacional para a proteção das expressões culturais tradicionais.	33
3. Proteção das expressões culturais tradicionais no Panamá.	35
4. Proteção das expressões culturais tradicionais na Nova Zelândia.....	35
5. A proteção das expressões culturais tradicionais em Portugal.	36
5.1. A proteção das expressões culturais tradicionais através do <i>direito de autor</i>	36
5.1.1. Do suporte material da obra.	37
5.1.2. Originalidade e individualidade.	38
5.1.3. Limite temporal.	40
5.1.4. Conclusão.	41

5.2. A proteção das expressões culturais tradicionais através dos <i>desenhos ou modelos</i> . 41	
5.2.1. Novidade e Carácter singular. 42	
5.2.2. Limite temporal. 45	
5.3. A proteção das expressões culturais tradicionais através das marcas. 45	
5.3.1. Requisitos de proteção..... 46	
5.3.2. Titularidade..... 48	
5.4. Soluções propostas..... 48	
5.4.1. As Marcas Coletivas e de certificação ou de garantia..... 49	
5.4.2. As Indicações de Origem e Denominações Geográficas. 51	
CONCLUSÃO..... 55	
BIBLIOGRAFIA 56	

ADVERTÊNCIAS

Todas as citações e referências a textos em língua estrangeira, que tenham sido consultados no âmbito da presente dissertação, foram livremente traduzidos por nós.

No que diz respeito às referências bibliográficas, foi adotado o método APA (*American Psychological Association*) adaptado, utilizando-se, nas citações em nota de rodapé, o sistema “**Autor, Data, Página**”.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CDADC	Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos
CP	Código Penal
CPI	Código da Propriedade Industrial
CPE	Convenção de Munique sobre a Patente Europeia
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Conhecimento Tradicional
DL	Decreto-Lei
DM	Desenhos ou Modelos/Desenho ou Modelo
DO	Denominações de Origem
IBTAM	Instituto do Bordado, Tapeçarias e Artesanato da Madeira
I.e.	Isto é
IG	Indicação Geográfica
IGC	Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore
INPI	Instituto Nacional de Propriedade Industrial
p./pp.	página / páginas
Proc.	Processo
RDM	Regulamento (CE) n.º 6/2002, de 12 de Dezembro de 2001
RMUE	Regulamento (EU) n.º 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho.
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
UE	União Europeia
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNIDROIT	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado
OMPI/WIPO	Organização Mundial de Proteção Intelectual/World Intellectual Property Organization

INTRODUÇÃO.

O Homem é, e sempre será, um ser cultural. A singularidade que o caracteriza é, ainda, marcada pelo contexto cultural em que se insere. As mais diversas expressões da Cultura, apesar de serem submetidas à supervisão do Estado através dos mecanismos constitucionais que adiante se identificarão, não são, na nossa opinião, devidamente protegidas pelo sistema jurídico português, mormente contra a sua cópia e utilizações indevidas.

A realidade que desde há muito sobrevive relativamente aos povos indígenas parece, agora, transpor-se para as restantes comunidades locais, inclusivamente, as portuguesas. Apesar de Portugal não ser um país de grande dimensão, as suas pequenas terras conservam e guardam uma enorme herança cultural que ganhou, nos últimos tempos, o interesse de muitos.

Como se depreenderá no decorrer da presente dissertação, sentimos que a doutrina portuguesa ainda não se debruçou sobre a questão da tutela das expressões culturais tradicionais com a profundidade que estas merecem, e tal inércia é refletida pela escassez de legislação, doutrina ou jurisprudência sobre o tema, não obstante a sua atualidade e importância face à globalização e uniformização da cultura a que se tem assistido.

É, justamente, esta falta que se pretende combater com a presente dissertação, na tentativa que esta funcione como uma força impulsionadora da solução que esperamos encontrar, à margem de um sistema jurídico que propicia a apropriação injusta de expressões culturais tradicionais.

Apesar de todos os esforços levados a cabo pela comunidade internacional, a proteção das expressões culturais tradicionais à luz dos sistemas jurídicos internos é desafiada por problemas estruturais, resultantes das suas características pecúneas.

Pelo exposto, pretendemos, ao longo desta dissertação, proporcionar aos leitores uma documentação do processo de avaliação dos possíveis meios de proteção oferecidos pelo instituto da propriedade intelectual português às expressões culturais tradicionais, concluindo, como veremos, pela sua insuficiência face àquela que é a proteção que consideramos ser justa. Por carência de caracteres, deixamos de fora a análise da proteção destas criações ao abrigo dos direitos conexos, remetendo este estudo para um trabalho posterior, que permitirá desenvolver o tópico com a profundidade que ele merece.

CAPÍTULO I: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CULTURA.

1. A tutela constitucional da Cultura e as dificuldades na sua definição: adoção de um conceito amplo de Cultura.

A tutela jurídica das expressões culturais tradicionais deve ser, antes de mais, equacionada a um nível constitucional.

Ora, a Cultura está sujeita à proteção mais alta no âmbito do ordenamento jurídico português através das diversas normas dispostas ao longo da CRP, que protegem e regulam este bem jurídico.

Entre o Direito e a Cultura estabelece-se uma relação afetiva, de complementaridade recíproca, partilhando vantagens e desvantagens. VASCO PEREIRA DA SILVA enuncia como consequências desta correspondência dois conceitos. Em primeiro lugar, surge a “Cultura do Direito”, a qual se propõe como o entendimento do Direito Constitucional, como fenómeno cultural, que carece de ser entendido e analisado de acordo com a metodologia própria da ciência da cultura¹. Por outro lado, o “Direito da Cultura”, entendido como o estudo dos fenómenos culturais segundo a metodologia própria da ciência jurídica².

Conscientes da existência desta interligação entre o Direito e a Cultura, cumpre perceber como é que a mesma funciona, i.e., como é que aqueles se complementam e limitam mutuamente.

Para tal, essencial é, antes de mais, dar uma definição de Cultura. Contudo, como o autor *supra* mencionado escreveu, “pode dizer-se (...) que encontrar a definição de cultura é, ela própria, uma impossibilidade cultural”³. Assim, ao invés de um conceito, são antes propostas diferentes aceções de Cultura.

VASCO PEREIRA DA SILVA indica-nos três sentidos distintos de Cultura⁴. Em primeiro lugar, uma *aceção restrita*, que entende a cultura como uma realidade intelectual e artística do passado, do presente e do futuro, no domínio, essencialmente, das belas-artes e das belas-letras. Em segundo lugar, trata da *aceção intermédia*, a qual compreende, não apenas o domínio da criação e da fruição intelectual e artística, como também procede ao respetivo relacionamento com outros direitos “espirituais”, nomeadamente respeitantes à ciência, ao ensino e à formação.

¹ SILVA, 2007, pp. 7-8.

² SILVA, 2007, pp. 7-8.

³ SILVA, 2007, pp. 8.

⁴ SILVA, 2007, pp. 9 e 10.

Por fim, a *aceção ampla*, que identifica a cultura como sendo uma realidade complexa, enraizada em grupos sociais, agregados populacionais ou comunidades políticas, cujos elementos surgem aglutinados de acordo com três vetores: a tradição, a inovação e o pluralismo⁵.

Na mesma linha de pensamento, JORGE MIRANDA reconhecendo a impossibilidade de fornecer uma definição de cultura, entende que, para além do seu aspeto tradicional, inovador e pluralista⁶, esta envolve:

*todos os bens que, para além de terem significado espiritual, adquirem simultaneamente relevância coletiva; tudo o que se reporta a bens não-económicos e, por fim, tudo o que tem a ver com obras de criação humana, em contraposição à natureza*⁷.

Face ao exposto, parece-nos que a melhor via não será definir a Cultura, mas antes adotar uma conceção ampla da mesma, que abrangerá

*a língua, as formas de linguagem e comunicação, os usos e costumes, as tradições, as crenças, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimento, as obras de arte, as formas de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí recolhidos, as formas de organização política, entre outros*⁸.

Certo é que no próprio bilhete de identidade da nossa Comunidade Nacional, “encontramos entre os seus sinais identificadores mais marcantes, o da proteção e valorização do património cultural”⁹. Este património compõe elementos que distinguem as diferentes culturas e as individualizam face às demais. São, justamente, aqueles componentes que constroem a identidade cultural de cada comunidade, e que, pelo papel que desempenham, merecem uma tutela que transcenda a CRP e os defenda contra possíveis cópias e apropriações, permitindo às comunidades respetivas uma adequada retribuição face à inspiração que é retirada do seu esforço criativo. Note-se que, a existir, esta proteção implicará uma relação de subsidiariedade entre a violação dos direitos privativos da Propriedade Intelectual e as normas de proteção do património cultural¹⁰.

⁵ SILVA, 2007, p. 10.

⁶ Identificados por SILVA, 2007, p. 10.

⁷ MIRANDA, 2012, p. 8.

⁸ MIRANDA, 2012, p. 7. No mesmo sentido DRUMMOND, 2017, p. 45, de acordo com o qual a cultura é “toda e qualquer manifestação social do homem que transmita conhecimento e que represente, em maior ou menor medida, grupos sociais de maior ou menor complexidade”.

⁹ NABAIS, 2013, p. 12.

¹⁰ MARQUES, 2007b, p. 356.

Não obstante esta premissa, a verdade é que a CRP dispõe, desde já, de um elenco vasto de normas ligadas à Cultura. Desde logo, regula as instituições culturais e incumbências do Estado e da Sociedade face à Cultura. A este propósito, veja-se a al. e) do art. 9.º, e os arts. 73.º, n.º 3 e 78.º, n.º 2, que prescrevem como tarefas fundamentais do Estado proteger e valorizar o património cultural, promover a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração as demais entidades públicas. Por sua vez, no que diz respeito aos direitos fundamentais – cujo ao conjunto se dá o nome de “Constituição Cultural Subjetiva¹¹” –, destacam-se, pela sua importância, os arts. 37.º e 42.º, da CRP, os quais asseguram, não só a liberdade de expressão cultural, como também a garantia dos direitos de autor como corolário daquela, conjugada com a liberdade de criação intelectual, artística e científica, e o direito à invenção, produção e divulgação dessa obra.

Também ao nível internacional é reconhecido o imenso valor da Cultura mediante a criação de instrumentos internacionais, recebidos pela ordem jurídica portuguesa. Entre estes, têm especial destaque a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais¹². É, justamente, o art. 27.º, da referida Declaração que nos ensina que todos têm o direito de “tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam”, assim como à “protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.”

Já ao nível Europeu, realça-se, brevemente, as diferentes convenções da UNESCO para a proteção dos bens culturais, de entre as quais a Convenção de Haia, de 1954, a Convenção Internacional da UNIDROIT, de 1995, que surgiu como sucedâneo da Convenção de Paris da UNESCO (1972) e a Convenção para a salvaguarda do Património Cultural Imaterial (2003).

Por sua vez, o património cultural, entendido como todos “os bens que, sendo testemunhos com valor de civilização ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objeto de especial protecção e valorização”¹³, é protegido e salvaguardado pela Lei n.º 107/2001,

¹¹ Distingue-se, a este propósito, a Constituição Cultural *Subjetiva* da Constituição Cultural *Objetiva*, consoante se confira direitos subjetivos propriamente ditos, ou tarefas e deveres de atuação de entidades públicas e privadas ordenadas à realização desses direitos subjetivos.

¹² Neste instrumento internacional ganha especial relevância o seu art. 15.º, na medida em que institui um direito à cultura enquanto liberdade, direito de prestação e de participação (Serrano, 2013, p. 389), reconhecendo-se ainda “o direito de todos em beneficiar da protecção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor” (art. 15.º, n.º 1, al. c)), i.e., da protecção garantida pelos direitos de autor.

¹³ Cf. art. 2.º, n.º 1, da referida Lei.

de 8 de Setembro¹⁴. Este património está dividido em dois grandes grupos: o património imaterial e o património material. Esta dissertação focar-se-á no património imaterial, na medida em que, nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “os bens culturais são bens imateriais que não se identificam com as coisas que lhes servem de suporte”¹⁵.

CAPÍTULO II: DA APROPRIAÇÃO CULTURAL DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS: O CONHECIMENTO TRADICIONAL E AS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS.

Apesar de não existir um conceito universal de cultura, parece haver um maior consenso quanto ao conceito de “apropriação cultural”. Sem embargo de apenas em 2018 ter sido inserida uma definição de apropriação cultural no dicionário de Oxford, este conceito está agora definido, em termos gerais, como a adoção não reconhecida ou inadequada das práticas, costumes ou estéticas de um grupo social ou étnico, por membros de outra comunidade ou sociedade tipicamente dominante. Ainda que a fronteira entre a apropriação cultural e a apreciação não seja fácil de delimitar¹⁶, BRUCE ZIFF e PATRIMA RAO definem aquela apropriação como “a obtenção de propriedade intelectual – de uma cultura que não é a própria –, expressões culturais ou artefactos, história e formas de conhecimento”¹⁷, mesmo que não exista obtenção de lucro.

A apropriação que aqui discutimos situa-se, essencialmente, no domínio das expressões culturais tradicionais e do conhecimento tradicional. Mas do que se tratam estas expressões? Vejamos.

A OMPI propõe, nos seus *Draft Articles*, a seguinte definição de expressões culturais tradicionais: “quaisquer formas em que as práticas culturais tradicionais e os conhecimentos são expressos, (aparecem ou manifestam-se) (o resultado da atividade intelectual, experiências, ou perceções) por indígenas (povos), comunidades locais e/ou (outros beneficiários) num contexto tradicional ou a partir dele, e podem ser dinâmicas e evolutivas e compreender formas verbais, formas musicais, expressões por movimento, formas de expressão tangíveis ou intangíveis, ou combinações das mesmas¹⁸.” Estas expressões, também denominadas por

¹⁴ Trata-se Lei de Bases da política e do regime de proteção e valorização do património cultural, também denominada por Lei do Património Cultural.

¹⁵ CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 925.

¹⁶ A este propósito, SIEMS, 2019, pp. 408-423.

¹⁷ ZIFF & RAO, 1997, p. 1 *cit. por*. TSOSIE, 2002, p. 310.

¹⁸ *The Protection of Traditional Cultural Expressions: Draft Articles*, datados 19 de Junho de 2019, art. 1.º, n.º 1 (Doc. WIPO/GRTKF/IC/40).

“expressões de folclore”, podem incluir, designadamente, música, dança, arte, desenhos, nomes, sinais e símbolos, atuações, cerimónias, formas arquitetónicas, artesanato e narrativas.

Por sua vez, a Convenção Sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (“UNESCO”), define-as amplamente como aquelas que resultam da “criatividade dos indivíduos, dos grupos e das sociedades e que possuem um conteúdo cultural”¹⁹.

Começa-se, assim, a perceber que existe um padrão de incerteza na definição de expressões culturais tradicionais e, como veremos, de conhecimento tradicional. Ainda que assim seja, têm vindo a ser identificados os seus elementos essenciais.

A este propósito, LILY MARTINET identifica três elementos resultantes das expressões culturais tradicionais que, para nós, refletem o seu núcleo essencial: (1) “o conteúdo cultural, (2) a essência coletiva e (3) a transmissão intergeracional”²⁰. Por sua vez, VICTOR GAMEIRO DRUMMOND acrescenta àquelas características (4) o surgimento indefinido e (5) a pertença ao “domínio das artes e da cultura”²¹, excluindo, assim, desta definição, “os conhecimentos relacionados às ciências da saúde e ciências biológicas”²².

Por sua vez, a OMPI, na tentativa de sumariar as características identificadas pela doutrina e pelas legislações nacionais, entende que as expressões culturais tradicionais se transmitem de geração em geração, oralmente ou por imitação; refletem a identidade cultural e social de uma comunidade; são elementos do património de uma comunidade e produzidos por autores desconhecidos e/ou por comunidades e/ou por indivíduos reconhecidos como tendo o direito, responsabilidade ou permissão para o fazer, não com o propósito comercial, mas enquanto veículos de expressão religiosa e cultural. Por fim, realçam a sua constante evolução, desenvolvimento e recriação dentro da própria comunidade²³.

De igual modo, também não existe uma definição universal de conhecimento tradicional. De acordo com a OMPI, o conhecimento tradicional pode ser entendido como o conhecimento,

¹⁹ Adicionalmente, a UNESCO acrescenta: *A expressão «actividades, bens e serviços culturais» refere-se às actividades, aos bens e aos serviços que, considerados do ponto de vista da sua qualidade, utilização ou finalidade específicas, encarnam ou transmitem expressões culturais, independentemente do valor comercial que possam ter. As actividades culturais podem constituir um fim em si mesmas, ou contribuir para a produção de bens e serviços culturais.*

²⁰ MARTINET, 2019, pp. 9-11. O conteúdo cultural está, por sua vez, definido no art. 4.º, n.º 2 da Convenção como o “significado simbólico, dimensão artística e valores culturais que têm origem ou expressam identidades culturais”.

²¹ DRUMMOND, 2017, p. 50.

²² DRUMMOND, 2017, p. 50.

²³ Indicado em WIPO/OMPI, 2003, p. 26.

know-how, aptidões e práticas que são desenvolvidos, sustentados e transmitidos de geração em geração dentro de uma comunidade, formando frequentemente parte da sua identidade cultural ou espiritual²⁴, e encontrado em vários contextos, tais como o agrícola, científico, técnico, ecológico e medicinal, bem como conhecimentos relacionados com a biodiversidade²⁵.

Por seu turno, REMÉDIO MARQUES define os conhecimentos tradicionais como

*o conjunto de saberes – e de saber-fazer (know-how) – que certas populações e indivíduos detêm a respeito do mundo natural e sobre-natural, atinente à utilização de materiais biológicos, vegetais e microbianas, transmitido oralmente de geração em geração, por isso mesmo inseridos nas tradições culturais e espirituais dessas populações*²⁶.

Este conceito que agora tratamos tem sido utilizado, essencialmente, em duas vertentes: uma generalista e outra mais restrita. A propósito da primeira, REMÉDIO MARQUES entende que o “conceito de conhecimentos tradicionais não abarca apenas os conhecimentos, mas antes, e primordialmente as expressões desses conhecimentos”²⁷. Pese embora seja inevitável a interseção dos dois conceitos, quer pelas suas características comuns, quer pela proximidade das soluções propostas para os tutelar, considerarmos mais rigoroso separar o conhecimento tradicional das expressões culturais tradicionais, restringindo o primeiro ao *know-how* e ao conhecimento relacionado e/ou associado à conservação da biodiversidade, agricultura, medicina e recursos genéticos, deixando para o conceito de expressões culturais tradicionais as expressões desse conhecimento.

Como bem afirma RICHARD AWOPETU, “o conhecimento tradicional refere-se ao [corpo do] conhecimento que, ultimamente, poderá ser convertido em expressões culturais tradicionais”²⁸. É com este entendimento que concordamos.

É, por isso, importante distinguir entre as expressões culturais tradicionais, inerentes à arte e à cultura, e as expressões ligadas às ciências da saúde e tecnologia²⁹, entendidas como

²⁴ Esta definição pode ser encontrada através do seguinte link: <https://www.wipo.int/tk/en/tk/>.

²⁵ A Índia é uma grande fonte de conhecimentos tradicionais e luta, desde há muito, contra a sua biopirataria. A título de exemplo, salienta-se o célebre caso do açafraão, cujas propriedades são há muito utilizadas por aquelas comunidades para curar entorses, inflamações e feridas; os remédios caseiros feitos das folhas da árvore *Neem* (ou amargosa), e até mesmo o *Yoga*. Todos estes conhecimentos foram objetos de litígios, após terem sido patenteados (ou sobre os quais foram efetuados pedidos de patentes) por empresas Norte-Americanas. Para mais desenvolvimento sobre o tema, consultar SRINIVAS, 2007, pp. 2866 - 2871.

²⁶ MARQUES, 2007b, p. 352.

²⁷ MARQUES, 2007b, p. 353.

²⁸ AWOPETU, 2020, p. 739.

²⁹ Para melhor compreensão da distinção entre conhecimento tradicional e expressões culturais tradicionais, vejamos o seguinte exemplo. As camisolas poveiras são uma das criações que caem dentro do âmbito das expressões culturais tradicionais. Como veremos., as camisolas, para além do seu *design* e aspeto exterior característico, são feitas utilizando uma técnica de bordado/tricotagem ancestral – ponto de cruz – e lã poveira –

conhecimento tradicional. Ao passo que as primeiras serão tratadas ao abrigo do instituto dos DM, direitos de autor e direitos conexos, marcas, DO e IG, para proteção das últimas servirão, essencialmente, as Patentes, os Modelos de Utilidade, e os Segredos de Negócios.

Não podemos negar o impacto do conhecimento tradicional na investigação e desenvolvimento da Biotecnologia. A este propósito, REMÉDIO MARQUES³⁰ chama a atenção para a proteção que vigora entre nós em sede de defesa deste conhecimento tradicional, oferecida pelo DL n.º 118/2002, de 20 de Abril. Este diploma, ao estabelecer o regime jurídico do registo, conservação, salvaguarda legal e transferência do material vegetal autóctone com interesse para a atividade agrária, agro-florestal e paisagística, oferece uma definição de conhecimentos tradicionais e estabelece as condições de proteção que aqueles devem preencher para poderem ser protegidos contra a sua utilização comercial ou industrial (art. 3.º, n.º 1, *in fine*).

O DL n.º 118/2002, de 20 de Abril representa, assim, uma conquista no domínio da proteção do conhecimento tradicional, consagrando um regime *suis generis*, semelhante àquele que consideramos ser adequado ao domínio das expressões culturais tradicionais.

Destaca-se, assim, a definição ampla de conhecimento tradicional introduzida na ordem jurídica portuguesa pelo art. 3.º, n.º 1, do referido diploma, de acordo com o qual:

*São considerados conhecimentos tradicionais todos os elementos intangíveis associados à utilização comercial ou industrial das variedades locais e restante material autóctone desenvolvido pelas populações locais, em colectividade ou individualmente, de maneira não sistemática e que se insiram nas tradições culturais e espirituais dessas populações, compreendendo, mas não se limitando a conhecimentos relativos a métodos, processos, produtos e denominações com aplicação na agricultura, alimentação e actividades industriais em geral, incluindo o artesanato, o comércio e os serviços, informalmente associados à utilização e preservação das variedades locais e restante material autóctone espontâneo (...).*³¹

uma lã branca de fio grosso, da zona da Serra da Estrela. Este processo de montagem e bordagem da camisola é caracterizado como o “conhecimento tradicional”, ao passo que o produto final, a camisola, será a expressão cultural tradicional. Podemos dizer, neste sentido, que as expressões culturais tradicionais são, elas próprias, derivadas (expressões) do conhecimento tradicional.

³⁰ MARQUES, 2007a, pp. 39-40.

³¹ Desta definição podemos retirar, na nossa opinião, três características essenciais do conhecimento tradicional protegido pelo diploma: a) desenvolvimento pelas populações locais, em coletividade ou individualmente, b) de forma não-sistemática e c) inserção do mesmo nas tradições culturais e espirituais dessas populações.

À apropriação recorrente no domínio do conhecimento tradicional é frequentemente dado o nome de *biopiracy*, definida por SUSAN K. SELL como a “expropriação não autorizada e não compensada de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais”³².

Este fenómeno está ligado, em especial, à biologia, agricultura e às comunidades indígenas³³ e resulta, essencialmente, da incapacidade das comunidades locais e povos indígenas em transformar o seu conhecimento em matéria patenteável, em especial, por carência de recursos tecnológicos³⁴, à qual se contrapõe a capacidade tecnológica de transformação do conhecimento local existente, pelos Estados Desenvolvidos e Empresas, em conhecimento que pode ser protegido através dos atuais regimes de propriedade intelectual.

Apesar do objeto do nosso estudo abranger apenas as expressões culturais tradicionais, respeitantes à arte e à cultura, tal não significa que a apropriação ilegítima do conhecimento tradicional não mereça igual atenção. Neste sentido, analisaremos brevemente os principais desafios da patenteabilidade das criações oriundas do conhecimento tradicional, deixando algumas notas para reflexão.

1. Excurso: as patentes sobre o conhecimento tradicional e a sua pirataria.

Sem pretendermos estender-nos em demasia nesta análise, por não corresponder ao objeto desta dissertação, diga-se, brevemente, que uma patente de invenção se define como um título que confere um direito exclusivo de exploração de um invento³⁵, o qual poderá ser um produto ou até um novo processo de obter um produto, concedido pelo INPI. Este título jurídico será concedido a qualquer invenção de origem técnica, desde que munida de novidade, atividade inventiva e suscetibilidade de aplicação industrial (arts. 50.º e 54.º, CPI e 52.º, CPE).

Em regra, o conhecimento tradicional (como, por exemplo, o uso de plantas com propriedades medicinais) não é considerado uma invenção, i.e., uma solução técnica para um problema técnico³⁶, mas antes uma descoberta.

A Diretiva 98/44/CE introduz, no seu Considerando n.º 13, a diferença “entre descobertas e invenções”, limitando-se as descobertas ao “reconhecimento ou no desvelamento de relações causais, de propriedades ou fenómenos até aí ignorados, apesar de pré-existentes na Natureza”³⁷

³² SELL, 2002, pp. 202-203.

³³ Para mais informação sobre o tema, remetemos para a exposição feita em DRAHOS, 2004, pp. 28-30.

³⁴ AREWA, 2006, p. 7.

³⁵ SILVA, 2020, p. 47.

³⁶ SILVA, 2017, p. 130.

³⁷ MARQUES, 2007a, p. 234.

e excluindo as mesmas do acervo de matérias patenteáveis. Por estas razões, o conhecimento tradicional – por corresponder, mais das vezes, a uma descoberta – não poderá ser patenteado.

Apesar de ser comum rejeitar a patenteabilidade dos conhecimentos tradicionais com fundamento no motivo anteriormente exposto, REMÉDIO MARQUES contesta a dicotomia de invenção patenteável/descoberta não patenteável³⁸. Ora, o trabalho das comunidades locais e povos indígenas consiste, não só em descobrir as propriedades medicinais que resultam das plantas (tais como analgésicas, calmantes, antifúngicas, etc.), como também em transformar – - ainda que com recurso a meios precários – esses novos usos e funções de substâncias já conhecidas, em novas soluções que até aí não o seriam. Há, assim, um esforço inventivo por partes destas populações locais que tornaria, como bem afirma o autor, as *descobertas* em “invenções patenteáveis”³⁹.

De resto, autores existem que contestam a novidade da patente contemporânea – i.e., as invenções contemporâneas que resultam de uma atividade inventiva, utilizando esse mesmo conhecimento tradicional como base – chamando-as de *biopirated patents*. Veja-se, nomeadamente, MARTIN FREDRIKSSON, o qual entende que a patente “biopirataada” não poderá ser verdadeiramente nova uma vez que, apropriando-se de conhecimento que já existia em comunidades tradicionais, “não contribuem com novos conhecimentos significativos”⁴⁰, concluindo, deste modo, que a origem do inventor poderá ser mais importante do que a novidade.

³⁸ MARQUES, 2007a, p. 235.

³⁹ MARQUES, 2007a, p. 236.

⁴⁰ FREDRIKSSON, 2017, p. 5.

2. A Propriedade Intelectual como barreira à apropriação indevida.

Vimos anteriormente que o património cultural beneficia já de uma proteção constitucional, que via essencialmente a sua preservação e salvaguarda. Contudo, a Propriedade Intelectual e o Direito Constitucional servem diferentes propósitos. Assim, ao passo que a primeira será, em grande parte, “promover mais criatividade, encorajar a divulgação pública e permitir ao titular controlar a exploração comercial da obra”⁴¹, ao abrigo da CRP,

*a preservação e salvaguarda no contexto do património cultural refere-se geralmente à identificação, documentação, transmissão, revitalização e promoção do património cultural material ou imaterial, a fim de assegurar a sua manutenção e viabilidade*⁴².

Pelo exposto, é, para nós, essencial aferir da proteção das expressões culturais tradicionais dentro do instituto da Propriedade Intelectual uma vez que, tal como prescreve o art. 1.º do CPI, esta assume a função principal de “garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”. Trata-se, portanto, de premiar a atividade inventiva e criatividade do(s) seu(s) autor(es), por forma a que este(s) possa(m) retirar a merecida recompensa económica do seu trabalho.

Como é claro, os sinais distintivos do comércio conferem um direito exclusivo que concede aos seus titulares controlo sobre a exploração comercial do seu produto e proporciona incentivos para a criação e divulgação dos frutos da criatividade humana. Adicionalmente, estes sistemas previnem confusão e engano, salvaguardam a integridade e os direitos de atribuição a certas obras e criações e protegem a informação secreta e não revelada contra a sua divulgação, uso, apropriação e má-fé⁴³.

Complementarmente, aos direitos privativos de propriedade intelectual é inerente uma forte componente económica, na medida em que permite aos sujeitos ativos rentabilizar as suas criações. NICOLA SEARLE e MARTIN BRASSEL debruçam-se sobre a análise da vertente económica dos direitos de propriedade intelectual e as formas como estes incentivam a

⁴¹ *Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions* (2003), preparado pelo Secretariado da ICG e apresentado na Quinta Sessão realizada em Genebra. O documento em análise é disponibilizado em formato word, pela WIPO, e poderá ser descarregado através do seguinte link: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_6/wipo_grtkf_ic_6_3.doc.

⁴² *Ibidem*, p. 12.

⁴³ Estas vantagens são atribuídas, respetivamente, pelo regime da marca registada, pelos direitos morais presentes do regime de direito de autor, e pelos segredos de negócio.

inovação⁴⁴. Este incentivo tem como suporte um *monopólio*. Por exemplo, no que diz respeito às patentes, estas conferem um monopólio com duração de 20 anos sobre uma inovação (art. 100.º, do CPI), durante o qual o inventor poderá retirar lucros do mesmo e explorar a sua invenção, de forma direta ou indireta. No direito de autor e direito conexos, este monopólio de 70 anos após a sua morte (art. 31.º, do CDADC). Já nos DM, é de 25 anos⁴⁵.

Especificamente no domínio do conhecimento tradicional, os autores deixam claro que, tanto as indicações geográficas, como o conhecimento tradicional, “procuram incentivar o desenvolvimento económico das comunidades rurais e indígenas”⁴⁶.

Esta vertente económica torna a proteção das expressões culturais tradicionais através de direitos exclusivos especialmente atrativa e, simultaneamente, expõe aquelas expressões ao perigo de apropriação indevida pelos terceiros que pretendem ver os proveitos económicos da exploração daquelas expressões entrar na sua esfera jurídica.

Daí que, como nos diz CHRISTIAN P. ARNESEN⁴⁷, as comunidades locais e indígenas tenham vindo a reclamar uma proteção mais alargada para as suas expressões culturais tradicionais. Esta reivindicação tem, essencialmente, duas vertentes.

Em primeiro lugar, apelam a uma ampla proteção em relação à exploração económica das mesmas, quer porque pretendem participar nas receitas que resultam dessa exploração, quer porque pretendem controlar o uso das expressões culturais tradicionais, excluindo terceiros do mercado⁴⁸.

Em segundo lugar, salientam os interesses de natureza não económica, os quais são apresentados em apoio de uma proteção mais ampla das expressões culturais tradicionais. Este argumento tem como base o respeito pela sua cultura e a necessidade de a proteger contra a distorção⁴⁹.

A WIPO, desde 1998, identificou dois sistemas de proteção: o sistema de proteção defensiva e o sistema de proteção positiva⁵⁰. A proteção defensiva tem como principal objetivo impedir

⁴⁴ SEARLE & FRSA, 2016. Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, veja-se LANDES & POSNER, 2003, pp. 11-24, onde explicam, com detalhe, os custos e benefícios da titularidade de direitos de propriedade intelectual.

⁴⁵ SEARLE & FRSA, 2016, pp. 49-51.

⁴⁶ SEARLE & FRSA, 2016, p. 51.

⁴⁷ ARNESEN, 2014, p. 389.

⁴⁸ ARNESEN, 2014, p. 389.

⁴⁹ ARNESEN, 2014, p. 389.

⁵⁰ WIPO/OMPI, 2003, p. 15. A este propósito, remetemos para a exposição realizada neste Background Paper n.º 1, *Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/ Expressions of Folklore*, publicado pela WIPO/OMPI a 2 de Maio de 2003.

que terceiros, fora da comunidade local, adquiram qualquer tipo de direito de propriedade intelectual sobre as suas expressões culturais tradicionais ou sobre derivantes e adaptações das mesmas (expressa-se, por exemplo, através de motivos de recusa de concessão de um direito). Por sua vez, a proteção positiva visa a concessão de direitos que habilitem as comunidades a promover as suas expressões culturais tradicionais, controlando o uso que delas é feito por terceiros e beneficiando da exploração comercial do mesmo (trata-se essencialmente da atribuição de um direito subjetivo ou de outra forma de tutela oponível a terceiros).

Creemos que apenas um sistema de proteção positiva para as expressões culturais tradicionais consegue assegurar um equilíbrio entre a proteção e preservação daquelas, a livre circulação da cultura e a utilização das sobreditas expressões como fonte de criatividade e inovação. Com uma proteção deste tipo, é assegurado um balanço sustentável entre a proteção e a preservação das expressões culturais e a livre circulação de experiências culturais numa realidade multicultural e diversa.

Consideramos, contudo, que a proteção defensiva já será apropriada para manifestações culturais consideradas sagradas, tais como símbolos ou palavras, impedindo, desta forma, a sua revelação e utilização por terceiros⁵¹.

Resta-nos saber de que forma poderá ser alcançada a proteção aqui pretendida.

Ora, a comunidade internacional tem-se repartido, essencialmente, em três caminhos possíveis: a) proteção e promoção através dos sistemas de propriedade intelectual em vigor; b) adaptação dos sistemas de propriedade intelectual existentes, por forma a melhor acautelar as preocupações de apropriação e aproveitamento indevido⁵²; ou c) através de um regime *suis generis*, isto é, da criação de uma nova lei de Propriedade Intelectual para a proteção de expressões culturais tradicionais.

Em seguida, trataremos, com detalhe, o primeiro caminho identificado, i.e., a proteção e promoção das expressões culturais tradicionais através dos sistemas de propriedade intelectual em vigor.

⁵¹ A este propósito, poderia aflorar-se a aplicação de outros institutos, mas que, por carência de caracteres, não se aprofundarão na presente dissertação. Referimos apenas, a título de exemplo, os crimes contra sentimentos religiosos, previstos e punidos pelos arts. 251.º e 252.º, do CP.

⁵² Exemplo paradigmático, analisado por nós mais adiante, é a Nova Zelândia e o Panamá, que inseriram, nas suas leis de propriedade intelectual, mecanismos específicos de proteção das expressões culturais tradicionais.

CAPÍTULO III: REGIMES JURÍDICOS DE PROTEÇÃO DAS EXPRESSÕES CULTURAIS TRADICIONAIS.

1. Considerações iniciais.

Chegados a este ponto, cumpre, agora, aferir dos mecanismos de tutela que o sistema jurídico português poderá oferecer às expressões culturais tradicionais, assim como enunciar os esforços internacionais para a criação de um regime uno e coeso, capaz de tutelar estas expressões.

Contudo, antes de procedermos à referida análise, devemos ter presente a distinção entre⁵³:

- i. Património cultural preexistente e cultura tradicional (que pode ser referida como o folclore, em *stricto sensu*); e
- ii. Produções literárias e artísticas contemporâneas criadas pelas atuais gerações da sociedade, e que derivam do património cultural tradicional preexistente.

É entendido, em geral, que as primeiras já fazem parte do domínio público. Como diz OLIVEIRA ASCENSÃO, podem considerar-se “as obras relativas ao folclore tombadas no domínio público”⁵⁴ e, por isso, podem ser livremente utilizadas pelo público geral. Aquilo que nos cabe perceber agora é se fará sentido removê-las deste domínio e conferir-lhes proteção.

Na verdade, tem sido atribuída uma conotação negativa ao domínio público por se entender que neste cabem todas as obras que não são merecedoras de proteção: ou porque nunca o foram, ou porque deixaram de o ser. Num esforço interpretativo do conceito de domínio público, JESSICA D. LITMAN⁵⁵ introduz uma visão romântica de *autoria* e constrói-o como a base para a larga maioria das obras contemporâneas passíveis de serem protegidas. Afirma, para tal, que o domínio público funciona como “um dispositivo que permite que o resto do sistema funcione, deixando a matéria-prima de autoria disponível para os autores a utilizarem”⁵⁶, visto que as novas obras “ecoam inevitavelmente elementos expressivos de obras anteriores”⁵⁷.

Esta ideia é complacente com o nosso desiderato inicial, na medida em que as expressões culturais tradicionais devem servir como fonte de *inspiração* para os novos artistas⁵⁸. Mas não poderão ser introduzidas novamente no mercado como *cópias* daqueles produtos culturais que existem no domínio público, assumindo-se esses sujeitos como os seus originais criadores. Esta

⁵³Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions, ICG, 02.05.2003, p. 4 (WIPO/GRTKF/IC/5/3).

⁵⁴ ASCENSÃO, 2008, p. 98.

⁵⁵ LITMAN, 1990, pp. 965-1023.

⁵⁶ LITMAN, 1990, p. 968.

⁵⁷ LITMAN, 1990, p. 1008.

⁵⁸ A este propósito, ver a exposição realizada em LENJO, 2017, pp. 148-152.

cópia teria um impacto visivelmente negativo das comunidades, que seria acautelado se existisse uma cooperação entre os sujeitos inspirados e aqueles cujas criações já não podem ser protegidas, especialmente quando a inspiração deriva do seu património cultural.

2. A experiência internacional: tentativas da comunidade internacional para a proteção das expressões culturais tradicionais.

A proteção jurídica das expressões culturais tradicionais tem sido muito debatida na comunidade internacional nas últimas décadas, mas está longe de ser resolvida.

A discussão tem girado, essencialmente, em torno da relação entre aquelas expressões e os direitos de propriedade intelectual.

Apesar de insuficientes, não se podem negar os progressos levados a cabo durante as últimas décadas. Primeiramente, em 1967, uma emenda à Convenção de Berna⁵⁹ proporcionou um mecanismo para a proteção internacional de obras não publicadas e anónimas. O art. 15.º (4) do Acto de Paris da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, confirmado o que já tinha sido indicado pelo Ato de Estocolmo, iniciou o ímpeto para a proteção das expressões culturais tradicionais (cf. alíneas a) e b)).

Após a sua revisão de 1971, tornou-se necessário proporcionar aos Estados Signatários um texto “modelo” que lhes pudesse servir de base à conformação desta Convenção nos seus ordenamentos jurídicos⁶⁰. Em consequência, em 1976, foi adotada a Lei-Tipo de Tunes sobre o Direito de Autor para os países em desenvolvimento, a qual incluiu uma proteção *sui generis* para expressões de folclore⁶¹. Este foi o primeiro diploma que ofereceu uma tutela às expressões culturais tradicionais que não exigia que os trabalhos estivessem fixados em suporte material (art. 6.º, n.º 1), como também não limitava temporalmente esta proteção (art. 6.º, n.º 2).

Mais tarde, em 1982, uma terceira tentativa foi vista com a adoção das WIPO-UNESCO *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit*

⁵⁹ “Tendo já sido um impulsionador para superar os conflitos causados pelas diferenças económicas e filosóficas entre os seus países membros, poderá, ainda, “desempenhar um papel importante na resolução dos problemas colocados pela explosão das novas tecnologias que, se deixadas sem vigilância, ameaçam alienar os autores de direitos sobre as suas obras literárias e artísticas”. BURGER, 1988, p. 2.

⁶⁰ WIPO/OMPI, 2003, p. 21.

⁶¹ Esta Lei surgiu da constatação da importação de obras literárias e artísticas dos países em desenvolvimento e da existência de “problemas urgentes de promoção cultural ao nível de massas”. Daí que esta Lei tenha sido adotada, em 23 de Fevereiro de 1976 pelo Comité de Peritos Governamentais convocado pelo Governo Tunisino, em Tunes. PEREIRA, 1980, pp. 498-499.

*Exploitation and other Forms of Prejudicial Action*⁶², que correspondem a um modelo *sui generis* para a proteção das expressões culturais tradicionais, pela propriedade intelectual, que serviu de base às legislações nacionais adotadas por vários Países, em matéria da proteção das expressões de folclore⁶³.

Já em Dezembro de 1996, os Estados-Membros adotaram o Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas (também conhecido como “WPPT”), que proporcionou proteção para um intérprete de uma expressão de folclore⁶⁴.

Com o propósito de identificar as necessidades e expectativas relacionadas com a propriedade intelectual dos detentores de conhecimentos tradicionais e culturais, a OMPI conduziu inúmeras missões em 28 países, durante 1998 e 1999.

Por forma a melhor discutir e dar resposta aos problemas suscitados nos relatórios extraídos das missões conduzidas nos dois anos anteriores, foi criado, em 2000, o IGC o qual tem como principal objetivo desenvolver um instrumento internacional e transfronteiriço que assegurará uma proteção eficaz para as categorias de recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e expressões culturais tradicionais⁶⁵.

Paralelamente, a UNESCO proporcionou a adoção de dois novos instrumentos: a Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial já referida (2003), e a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular (1989).

Finalmente, e nas palavras de PEDRO SOUSA E SILVA, o Acordo TRIPS tornou-se no *standard* mínimo de proteção da Propriedade Intelectual a nível internacional⁶⁶, pelo que não podíamos deixar de referi-lo. Contudo, tem sido descrito pelos críticos como um instrumento a cargo dos países desenvolvidos para impor a sua agenda de propriedade intelectual ao mundo desenvolvimento⁶⁷.

⁶² Este modelo foi desenvolvido por um grupo de peritos reunido entre as duas organizações como um modelo *sui generis* para a proteção do tipo de propriedade intelectual das expressões culturais tradicionais.

⁶³ WIPO/OMPI, 2003, p. 22.

⁶⁴ A proteção dos artistas intérpretes estava já prevista na Convenção de Roma, assinada a 26 de Outubro de 1961, que consagrou um *standard* mínimo de proteção para os artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão contra certos atos de exploração das suas prestações. SILVA, 2016, p. 367.

⁶⁵ WIPO/OMPI, 2016, p. 3.

⁶⁶ SILVA, 2020, pp. 24-25.

⁶⁷ AREWA, 2006, p. 2.

3. Proteção das expressões culturais tradicionais no Panamá.

Kuna, Ngobe Bugle, Embera Wounaan, Naso e Bre-bre: as cinco comunidades reconhecidas pela Lei n.º 20 como os povos indígenas do Panamá.

Para sua proteção, em 2020, entrou em vigor a Lei n.º 20 do Panamá, de 26 de junho. Esta legislação criou um Regime Especial de Propriedade Intelectual, cujo principal propósito é proteger os direitos coletivos de propriedade intelectual e de conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas sobre as suas criações (art. 1.º), bem como proteger os elementos culturais da sua história, música, arte e expressões artísticas tradicionais, capazes de uso comercial, através de um sistema de *registro, promoção, comercialização dos seus direitos* (cf. art. 1.º, 2.ª parte).

Criou-se, assim, um sistema especial de registro, dentro do Instituto de Patentes e Marcas (cf. art. 7.º), composto pelo Departamento de Direito Coletivos e de Expressões Folclóricas, ao qual os povos indígenas poderão submeter os pedidos de registro dos seus direitos coletivos e a quem competirá conceder os mesmos.

Há, com esta lei, uma simplificação do processo de registro. Para além do registro não estar sujeito a caducidade por decurso do tempo e ser gratuito, é oferecida assistência legal às comunidades sobre como proteger os seus direitos coletivos e, posteriormente, assistência na redação das licenças de exploração que poderão conceder (cf. art. 7.º (3)).

Todas estas expressões não podem ser objeto de direitos exclusivos por terceiras partes, sem autorização das comunidades.

Adicionalmente, a apropriação ou uso de expressões culturais tradicionais e conhecimentos tradicionais registados, sem o consentimento do titular desse registro, configura um ilícito penal, nos termos do Código Penal do Panamá, cuja pena de multa varia entre os €1.000 e os €5.000, dos quais 50% reverterá para a comunidade indígena.

4. Proteção das expressões culturais tradicionais na Nova Zelândia.

Na Nova Zelândia, a apropriação cultural ganha imensas proporções. Os *Māori* (povo indígena da Nova Zelândia) viram a sua popularidade aumentar exponencialmente em todo o mundo. O fascínio pelas suas tatuagens e demais expressões culturais, não só atrai turistas, como torna este povo muito suscetível à apropriação cultural.

Esta atração elevou a necessidade de atribuir aos Māori direitos positivos sobre o seu património cultural, por forma a beneficiar do seu comércio (e não só) para sua própria melhoria socioeconómica⁶⁸.

Com este objetivo em mente, foram iniciadas conversações sobre a alteração do *Trade Marks Law* (1953), de modo a incorporar um mecanismo que permitisse que os interesses do povo Māori fossem tomados em consideração, no processo de registo das marcas.

Neste sentido, ao abrigo do *Trade Marks Act 2002* da Nova Zelândia, foi criado um Comité Consultivo dos Māori, a quem compete avaliar, nos termos da Secção 178, se “o registo proposto de uma marca que é, ou parecer ser, derivada de um sinal dos Māori, incluindo texto e imagens, é, ou é provável que seja, ofensivo para aquele povo”. A resposta positiva, por aquele Comité, corresponderá a um motivo absoluto de recusa do registo desse produto ou serviço, nos termos da Secção 17 (1) (3) do referido diploma.

Não restam dúvidas de que as alterações introduzidas no *Trade Marks Act 2002* e no *Patents Act 2013*⁶⁹ demonstram que é possível uma adaptação frutífera das leis nacionais, por forma a conceder às comunidades locais e aos povos indígenas um papel ativo da proteção do seu património cultural e no controlo do uso que é feito das expressões desse mesmo património.

5. A proteção das expressões culturais tradicionais em Portugal.

5.1. A proteção das expressões culturais tradicionais através do *direito de autor*.

Pelo interesse que suscita e pelas vantagens que esta proteção poderá oferecer, consideramos essencial refletir-se sobre a proteção das expressões culturais tradicionais pelos direitos de autor.

Como já referimos anteriormente, a Convenção de Berna é entendida como o mais importante instrumento jurídico em sede de direitos de autor⁷⁰. Esta Convenção abriu caminho a que os Estados Membros consagassem, na sua lei nacional, um regime uniforme de proteção das obras artísticas e literárias, mediante imposição, pelo Acordo TRIPS, do cumprimento do art. 1.º ao art. 21.º da referida Convenção.

⁶⁸ LAI, 2010, p. 5.

⁶⁹ No âmbito da concessão das patentes, o *Patents Māori Advisory Committee*, instituído no *Patents Act 2013*, aconselha o Comissário sobre se a invenção reivindicada deriva, ou não, dos conhecimentos tradicionais dos Māori ou de plantas indígenas ou animais. Para um aprofundamento sobre as alterações legislativas, remetemos para a exposição realizada por ZAGRAFOS, 2010, pp. 61-85, que desenvolve com profundidade as alterações àqueles diplomas, levadas a cabo na Nova Zelândia e nos mais diversos países da comunidade internacional.

⁷⁰ PATRÍCIA AKESTER enuncia os princípios fundamentais em que esta Convenção assenta. AKESTER, 2013, p. 382.

Já na ordem jurídica portuguesa, retira-se do CDADC, uma noção de obra enquanto “criação intelectual⁷¹, do domínio literário, científico ou artístico, por qualquer modo exteriorizada”. É, desta forma, possível identificar quatro características essenciais da *obra*:

- i. Criação Humana;
- ii. Criação de espírito;
- iii. Exteriorização;
- iv. Originalidade.

Que as expressões culturais tradicionais são criações humanas, i.e., que derivam de uma atividade humana, e criações de espírito, não se duvida, pelos que não serão estas as características que dificultam a proteção daquelas expressões. O nosso sistema de direito autoral coloca, contudo, alguns obstáculos inultrapassáveis à proteção das expressões culturais tradicionais. Vejamos.

5.1.1. Do suporte material da obra.

A Convenção de Berna dá-nos, no seu art. 2.º, n.º 1, alínea 1), a definição de obras literárias e artísticas, acrescentando que o são *qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão*, atribuindo aos Estados Signatários a faculdade de permitir, ou não, apenas a tutela jurídica das obras que *estejam fixadas num suporte material* (art. 2.º, n.º 2, alínea 2) da Convenção).

Por sua vez, o CDADC, no seu art. 10.º, traça uma linha clara entre a obra objeto de proteção e a sua exteriorização, enquanto suporte material. MENEZES LEITÃO retira deste artigo três princípios fundamentais, entre os quais o de que o direito de autor português não depende da existência de suporte material⁷². Tal significa que a obra é independente de qualquer fixação ou materialização em determinado suporte, subsistindo independentemente deste^{73 (74)}.

Este é, na nossa opinião, um dos méritos do ordenamento português para a proteção das expressões culturais tradicionais uma vez que estas não estão, mais das vezes, transpostas para um suporte físico, sendo transmitidas verbalmente, de geração em geração. Exigir que as mesmas tenham de ser fixadas para que possam ser objeto de proteção colocaria um obstáculo

⁷¹ ALBERTO DE SÁ E MELLO expõe as confusões várias que resultam do art. 1.º, n.º 1, do CDADC, concluindo que “a obra intelectual não é mais do que a expressão formal do objeto literário ou artístico que a acção de um sujeito exterioriza e torna perceptível a inteligência de outros sujeitos”. MELLO, 2007, pp. 102-103.

⁷² LEITÃO, 2018, p. 74.

⁷³ LEITÃO, 2018, p. 74.

⁷⁴ Note-se, contudo, que existem obras que escapam a este princípio de liberdade de forma por estarem, naturalmente, dependentes de uma fixação. É o caso das obras cinematográficas, fonográficas, fotográficas, e a generalidades das obras plásticas. ASCENSÃO, 2008, p. 63. Excecionalmente, é ainda exigida fixação para as coreografias (MELLO, 2007, p. 104)

à sua tutela e permitiria que terceiros adquirissem um direito de autor porque procederam à sua fixação.

Sem retirar o devido crédito a esta provisão, a verdade é que a fixação em suporte material da obra cria uma segurança jurídica e assegura a prova de existência da obra. É com fundamento nestes argumentos que o sistema de *copyright* subordina a tutela das obras intelectuais à sua fixação em suporte material⁷⁵. Veja-se, a título exemplificativo, o art. 3.º, n.º 1, da Lei de Direitos de Autor do Reino Unido, da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (*Copyright, Designs and Patents Act 1988*).

5.1.2. Originalidade e individualidade.

A Convenção de Berna não refere, de forma expressa, o requisito da originalidade. O mesmo sucede com várias legislações nacionais de direito de autor; quando muito, referem a originalidade como requisito para proteção da obra, mas não a definem.

Conquanto, é hoje consensual entre a doutrina que a originalidade da obra é um requisito essencial para a proteção da mesma, pelo direito de autor. Nas palavras de MARIA VICTÓRIA ROCHA,

*a originalidade opera como linha de fronteira as obras susceptíveis de protecção das que ficam fora do objecto do direito de autor e, dentro de cada obra, as parcelas abrangidas pela protecção das excluídas da mesma*⁷⁶.

Pelo facto de a originalidade ser um conceito indeterminado, e ao mesmo tempo, revestir importância significativa enquanto requisito de proteção de uma obra, gerou-se discussão em torno da delimitação do seu conteúdo. Contrapunham-se, neste exercício, duas concepções: uma subjetiva, fruto da concepção tradicional construída pela doutrina francesa (“*Droit d’Auteur*”), que aferia a originalidade pelo grau de criatividade da obra e pela marca de personalidade do autor, e uma objetiva, influenciada pelo *Copyright* anglo-saxónico, que colocava a tónica na origem da obra, na medida em que a obra seria original quando derivasse do seu autor. No caso desta última, excluía-se apenas criações que fossem demasiado triviais⁷⁷, não se impondo, por isso, um grau muito elevado de criatividade.

⁷⁵ MELLO, 2007, pp. 103 e 104.

⁷⁶ ROCHA, 2008, p. 1.

⁷⁷ SILVA, 2013, p. 1342.

Esta matéria encontra-se, nos dias de hoje, harmonizada⁷⁸. Com o Ac. *Infopac*, o TJUE adotou o conceito europeu de originalidade ao prever, no seu ponto 37, que

*o direito de autor na aceção do artigo 2.º, alínea a), da Directiva 2001/29 só é suscetível de se aplicar em relação a um objecto que seja original, na aceção de que é uma criação intelectual do próprio autor*⁷⁹.

Assim, quando se exige que uma obra seja original, aquilo que se pretende é que, na verdade, a obra seja uma criação de espírito que resulte do esforço e da personalidade do autor.

Poderá dizer-se, no entanto, que as expressões culturais tradicionais nunca poderão ser originais, quer porque assentam na repetição, quer porque representam características de uma coletividade de indivíduos, e não da personalidade de um só. Aquelas correspondem a

*manifestações culturais que podem ser referidas ao espírito coletivo. Baseiam-se, necessariamente, em atos individuais de criação pois só o espírito de cada homem cria, mas esses contributos dissolvem-se no conjunto de modo inextrincável. Cabe aqui o chamado folclore*⁸⁰.

Primeiramente, não há como refutar que as expressões culturais tradicionais são, como o nome indica, tradicionais. E são-no, não por ser antigas, mas por serem passadas de geração em geração, i.e., por serem dinâmicas e por representarem, no presente, uma atividade intelectual do passado⁸¹.

Não obstante vigorar um princípio de liberdade de forma e conteúdo das criações intelectuais exteriorizadas, o facto de as expressões culturais tradicionais não existirem, em regra, em suporte material, e transmitirem-se verbalmente, poderia permitir que a obra que se pretende proteger fosse original. Numa lógica do “jogo do telefone estragado”, a mensagem final nunca é igual àquela que foi inicialmente transmitida.

Parece-nos que não poderíamos proteger a expressão cultural tradicional inicial, pelos motivos que já enunciamos, dizendo-se, assim, que uma obra literária ou artística que assente na reprodução ou imitação nunca será original. Contudo, questionamos, acompanhando CHRISTIAN P. ANDERSEN, a possibilidade de a originalidade ser aplicada às pequenas alterações

⁷⁸ SILVA, 2013, p. 1367.

⁷⁹ C-5/08 (Acórdão).

⁸⁰ ASCENSÃO, 2008, p. 98. Este autor acrescenta, ainda, que, “embora se não dispensem os atos individuais de criação, esses atos vêm dissolvidos numa verdadeira criação coletiva. Por natureza estamos, por isso, fora do Direito de Autor”.

⁸¹ REMÉDIO MARQUES, a propósito dos conhecimentos tradicionais, atribui o *tradicional* à forma como os conhecimentos são *adquiridos e usados*. MARQUES, 2007b, p. 352.

resultantes da evolução e recreação das expressões culturais tradicionais. Assim, ainda que a criação inicial não possa ser protegida por já se encontrar na esfera do domínio público, é pelo menos questionável que estas pequenas mudanças, resultantes da natureza viva e cambiante da tradição, agregadas, possam preencher o requisito de originalidade⁸².

Pese embora o aduzido, esta análise seria casuística, tomando em conta os novos detalhes e complexidade das obras culturais.

Em segundo lugar, e como já vimos anteriormente, as expressões culturais tradicionais são a manifestação da cultura e identidade de uma comunidade específica. Assim, o elemento temporal, característico das expressões culturais tradicionais, não obstante permitir a renovação, recriação e evolução das mesmas, impede que se possa atribuir o esforço criativo a um autor individualizado, quer porque não é identificável (por já ter morrido), ou porque não existe, de facto, apenas um autor, mas vários dentro da mesma comunidade local.

Quer para o caso em que o autor não é identificável, quer para os casos em que o autor não é singular, a nossa lei consagrou figuras específicas que acautelam estas possibilidades. É o caso das obras coletivas⁸³ e das chamadas obras órfãs⁸⁴. Apesar de nenhuma destas figuras ser suscetível de proteger as expressões culturais tradicionais, esta pode ser uma iniciativa – ainda que não intencional – para a proteção destas expressões através de um regime *suis generis*, uma vez que o nosso sistema já não se mostra adverso, nem à proteção de criações com um autor desconhecido, nem à atribuição de direitos de autor a uma coletividade de pessoas.

De resto, o n.º 2 do art. 2.º, do CDADC exclui, em todo o caso, do âmbito de proteção dos direitos de autor e direitos conexos as “ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas”. Por este motivo, todo o folclore/expressões culturais tradicionais que correspondam a métodos ou estilos nunca serão protegidas por direito de autor.

5.1.3. Limite temporal.

Sucintamente, um dos maiores obstáculos à subjugação das expressões culturais tradicionais ao direito de autor é, justamente, o limite da duração da proteção. Nos termos do CDADC, o direito de autor e os direitos conexos estão sujeitos a caducidade, respetivamente, de 70 anos

⁸² ARNESEN, 2014, p. 46.

⁸³ Art. 19.º, do CDADC.

⁸⁴ O art. 26.º, do CDAD, trata das obras em que o titular dos direitos de autor seja desconhecido ou não esteja localizado. Mesmo assim, relativamente a estas obras, mesmo que o autor seja desconhecido, são sempre de criação individual.

após a morte do autor, ou 50 anos após a representação ou execução pelo artista intérprete ou executante (art. 183.º, CDADC)⁸⁵.

Tal como sucede nos restantes regimes que analisaremos – excecionando apenas as DO, IG e, em parte, as marcas –, a limitação temporal imposta pelo art. 31.º, do CDADC impossibilita a atribuição de uma proteção perpétua e duradoura às expressões culturais tradicionais, nos termos em que é reclamada comunidades afetadas. Volvidos os 70 anos, a obra cairá inevitavelmente no domínio público (art. 38.º).

5.1.4. Conclusão.

Face ao exposto, podemos concluir, na linha de pensamento de OLIVEIRA ASCENSÃO, que “a obra de folclore é (...) património comum do povo” e que, quando suscitasse providências legislativas, “teria de ser através de providências especiais, e não por aplicação do Direito de Autor”⁸⁶. Apesar do Autor não ter definido, exatamente, o que se pode considerar por “providências especiais”, esta expressão parece indicar a sua inclinação para a criação de um regime *suis generis*, ou seja, de uma lei nova, adaptada aos obstáculos inerentes à proteção das expressões culturais tradicionais, e distinta, no que se demonstre necessário, daquelas que já existem no domínio dos direitos de autor.

5.2. A proteção das expressões culturais tradicionais através dos *desenhos ou modelos*.

Como é sabido, a aparência dos produtos é um dos fatores que mais influencia as escolhas dos consumidores e o que tornará, também, as expressões culturais tradicionais apelativas ao público em geral.

A disciplina dos DM, enquanto direitos privativos, é regulada no CPI e no Regulamento (CE) n.º 6/2002, e visa proteger a aparência inovadora dos bens de consumo, atribuindo ao respetivo criador um exclusivo temporário, destinado a extrair do mercado a devida remuneração do seu esforço criativo. O seu fim neste campo seria, por isso, impedir a apropriação das aparências das expressões culturais tradicionais por criadores nacionais ou estrangeiros que, para além de não divulgarem a origem e inspiração da peça, apropriam-se dos proveitos económicos gerados pela aparência de uma criação em relação aos quais não são os *criativamente esforçados*.

⁸⁵ Igualmente, a duração da proteção de obra anónima ou licitamente publicada ou divulgada sem identificação do autor é de 70 anos após a publicação ou divulgação (art. 33.º, do CDADC).

⁸⁶ ASCENSÃO, 2008, p. 99.

Como sabemos, o art. 173.º, do CPI, complementado pelo art. 3.º, alínea a) do RDM, indicamos que o DM “designa a aparência da totalidade, ou de parte, de um produto resultante das características de (...) linhas, contornos, cores, forma, textura ou materiais do próprio produto e da sua ornamentação”.

O âmbito de aplicação desta disciplina é, em primeiro lugar, limitado pela definição de “produto”. Apesar de, em tempos, se ter pretendido circunscrever o seu âmbito, adota-se hoje uma ampla definição de produto⁸⁷, oferecida pelo art. 174.º, n.º 1, do CPI e pelo art. 3.º, al. b), do RDM, que abrange, não só, o *design* os produtos, como também os artigos industriais ou de artesanato, que não sejam de produção em série. Nesta ampla definição de produto, caberão, certamente, as expressões culturais tradicionais/folclore.

Para além dos objetos de três dimensões – como seria, por exemplo, o galo de Barcelos – são ainda passíveis de proteção os objetos de duas dimensões, tais como desenhos cerâmicos, padrões têxteis, pinturas ou fotografias⁸⁸ – como seriam os lenços dos namorados, típicos de Viana do Castelo.

Aliás, protege-se, não só a forma, como tudo aquilo que pode definir o aspeto⁸⁹, tal como linhas, contornos, cores, textura e materiais, brilho ou certos efeitos de luz, etc. As expressões culturais tradicionais, quando sejam tangíveis são, desde logo, distinguíveis pela sua aparência, bem como produtos complexos que, para além de se diferenciarem pela sua imagem, incorporam uma relação e conexão com um determinado território e história, que não deixa de os caracterizar.

Contudo, as expressões culturais tradicionais apenas são merecedoras de proteção caso preencham os requisitos exigidos pelos arts. 4.º a 9.º, do RDM e arts. 175.º a 179.º, do CPI. A tutela legal deste instituto é, assim, restrita aos DM que sejam novos e possuam carácter singular.⁹⁰ Vejamos.

5.2.1. Novidade e Carácter singular.

Nos termos do art. 176.º, do CPI, um DM é novo “se, antes do respetivo pedido de registo ou da prioridade reivindicada, nenhum desenho ou modelo idêntico foi divulgado ao público dentro ou fora do País”. Serão, contudo, idênticos dois DM que difiram apenas em pormenores sem importância.

⁸⁷ SILVA, 2020, pp. 104 e 105.

⁸⁸ SILVA, 2020, p. 99.

⁸⁹ SILVA, 2020, p. 99.

⁹⁰ Cf. art. 175.º, n.º 1, do CPI.

A lei define a novidade por contraposição ao estado da arte. PEDRO PIDWELL considera como novo o desenho ou modelo que

*não pertence ao estado da arte contemporâneo à data do pedido, pois esta comporta a globalidade de desenhos cujo registo tenha sido pedido ou prioridade reivindicada, em qualquer parte do mundo*⁹¹.

Esta aferição, contudo, estará limitada, como nos diz REMÉDIO MARQUES, ao “estado da arte europeu”⁹².

Por seu turno, diz-nos o art. 177.º que um desenho ou modelo possui carácter singular quando “a impressão global transmitida ao utilizador informado difira da impressão global causada a tal utilizador por quaisquer outros desenhos ou modelos anteriores”.

Quer a novidade, quer a singularidades de um DM são aferidas em função da realidade pré-existente que contrapõe a criação que se pretende proteger ao acervo de criações anteriormente divulgadas ao público⁹³.

Ora, a natureza própria das expressões culturais tradicionais dificulta a sua conciliação com os requisitos da novidade e singularidade. Nunca serão novas, em primeiro lugar, porque se remontam a um passado longínquo. Em segundo lugar, porque são conhecidas pelo público – não só a população comum, mas como também (e em especial) pelos membros da comunidade criadora da expressão e dos demais produtores, os quais assumem o papel de “utilizadores informados”⁹⁴, para os efeitos do art. 177.º.

A experiência jurisprudencial, no domínio da interseção entre a propriedade intelectual e as expressões culturais tradicionais, era inexistente até 2020⁹⁵.

O Ac. do STJ, de 30 de Abril de 2020⁹⁶, veio alterar este paradigma. Esta decisão tem como objeto o pedido de declaração de nulidade do registo do DM referente a bonecas, vestidas com

⁹¹ PIDWELL, 2015, pp. 108-109.

⁹² MARQUES, 2007a, p. 1275.

⁹³ SILVA, 2017, p. 86.

⁹⁴ “O conjunto dos destinatários da divulgação não corresponde ao público em geral, mas sim a um universo mais restrito (...), integrado pelas pessoas que integram os meios especializados do sector em questão”. SILVA, 2017, p. 87.

⁹⁵ Até então, bastávamo-nos com a referência a expressões culturais tradicionais em acórdãos. Apesar de não se situar no domínio da propriedade intelectual, o Acórdão do TRL, de 03.07.1991, proferido no âmbito do proc. n.º 0267813, faz referência à proibição imposta pelo Decreto Regional n.º 28/84 de, em toda a região da Madeira, do fabrico de “Bordado da Madeira”, à máquina; mas já não proíbe que na região se vendam aquelas mercadorias fabricadas em qualquer outra parte do território nacional ou mesmo no estrangeiro.

⁹⁶ Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 167/17.9YHLSB.L2.S2 e relatado por Maria do Rosário Morgado.

o traje do “Bailinho da Madeira”, com fundamento na falta de novidade e de singularidade, por já serem comercializadas e conhecidas por todos os habitantes, há mais de 60 anos⁹⁷.

Após a devida fundamentação, o Tribunal conclui, com mérito, negar a revista, por considerar que, “à data do registo, os modelos e desenhos não gozavam nem de novidade, nem de singularidade (...)”, pugnando pela nulidade do registo.

Note-se que, neste caso, não se tratava de procurar proteção para a expressão em si mesma – o traje do bailinho da madeira –, mas sim negar proteção à aparência das bonecas que nela se inspiraram. Aliás, apenas através de uma IG ou marca coletiva poderiam ser protegidos estes trajes; nunca por um DM.

Tendo negado proteção à criação contemporânea, demonstra-se que o STJ impediu que um terceiro adquirisse o monopólio temporário de exploração do referido DM, derivado de uma expressão cultural tradicional. Apesar de apenas se ter limitado a aplicar a lei e a aferir dos pressupostos de novidade e singularidade, o Tribunal, ainda que indiretamente e involuntariamente, protegeu a expressão cultural tradicional preexistente contra a sua apropriação.

Outrossim, não se podia deixar de referir um caso recente dado a conhecer pelos mais diversos meios de comunicação⁹⁸ relativo aos capotes e samarras alentejanos pois é, para nós, um caso flagrante de apropriação cultural. Ora, em Março de 2021 foi concedido o registo a uma pessoa singular de quatro DM referentes aos capotes e samarras alentejanos⁹⁹. Uma vez que o registo, no que diz respeito à via de proteção nacional, é um mero depósito, o INPI limitou-se a examinar o respeito das exigências de carácter formal (cf. art. 187.º, n.º 1, do CPI), tendo, por isso, concedido o registo em Julho do mesmo ano.

Os capotes e samarras são uma clara expressão do património cultural do Alentejo. Representaria, para nós, uma clara apropriação indevida daquele património conceder o registo a um terceiro, natural de Penafiel e que nunca viveu no Alentejo, permitindo-lhe impedir todas

⁹⁷ Realçamos que os trajes do bailinho da madeira são um ótimo exemplo de uma expressão cultural tradicional da Região Autónoma da Madeira que evoluiu ao longo dos tempos e que varia de região em região. Caso um dos trajes madeirenses iniciais tivesse sido registado como desenho ou modelo, seria provável que as suas alterações não fossem ‘pormenores insignificantes’ e veríamos, assim, impedida a evolução dos trajes até ao aspeto que têm hoje.

⁹⁸ A Notícia poderá ser consultada no site do Jornal Público, ou através do seguinte link: <https://www.publico.pt/2021/12/07/local/noticia/afinal-registou-autor-capotes-samarras-anda-cobrar-1987757>.

⁹⁹ Desenhos e modelos n.º 6405, 6404, 6403, 6402 e 6401.

as outras pessoas e, em especial, as próprias comunidades alentejanas de onde aqueles trajés provieram, de comercializar e aproveitar as suas próprias criações.

Contudo, o registo destes DM será inevitavelmente anulado, contando com o impulso da Direção Regional de Cultura do Alentejo, porque nunca preencheriam os requisitos de singularidade e novidade.

5.2.2. Limite temporal.

Repetindo o que já dissemos a propósito dos direitos de autor, também neste domínio se pretende uma proteção *infinita*. Contudo, o art. 195.º, do CPI, concede aos DM uma duração do registo de 5 anos, renovável por iguais períodos, até um máximo de 25 anos (tal como o art. 12.º do RDM estabelece para os DM comunitários). Já os DM comunitários que, apesar de preencherem os requisitos acima mencionados, não tenham sido registados, têm uma proteção de 3 anos a contar da data em que tenham sido divulgados ao público no interior da UE (art. 11.º, do RDM).

Em caso de não renovação do registo ou decorrido o prazo de vigência do mesmo, o DM até então protegido entra no domínio público, pelo que, conseqüentemente, passará a ser de utilização livre¹⁰⁰ (art. 36.º, do CP).

E a realidade repete-se: também nos DM a limitação temporal da sua proteção torna o regime destes sinais distintivos impeditivo de proteger as expressões culturais portuguesas.

Concluimos, assim, que nem uma expressão cultural tradicional, nem uma criação contemporânea derivada da mesma, poderia ser protegida ao abrigo do instituto dos DM. Mesmo que o registo fosse concedido, a sua contestação implicaria uma anulação subseqüente, por falta de novidade e carácter singular.

5.3. A proteção das expressões culturais tradicionais através das *marcas*.

Não podemos deixar de equacionar uma possível proteção das expressões culturais tradicionais através das marcas.

As marcas teriam a enorme vantagem de *proteger* (impedindo o registo de marcas ofensivas e marcas enganosas) e, ao mesmo tempo, *promover* (através dos contratos de licença de exploração de marcas¹⁰¹) as expressões culturais tradicionais.

¹⁰⁰ GONÇALVES, et al., 2021, p. 793, em anotação ao art. 195.º.

¹⁰¹ Definido como “o contrato através do qual o titular de uma marca” atribui a terceiros o direito de apor a marca nos seus próprios produtos e de a utilizar na sua atividade económica (OLAVO, 1999, p. 93).

Assim, para além de conferirem ao titular do registo um direito exclusivo de utilizar a marca registada nos produtos e serviços a que se destina (art. 210.º, n.º 1, do CPI), conferem ainda um direito de impedir terceiros de a utilizar, sem o seu consentimento, em produtos idênticos ou afins àqueles para as quais a marca foi registada. Permite-se, assim, ao titular da marca, controlar o uso que é feito dos produtos e serviços por ela protegidos e conceder a outrem o uso e a fruição da mesma, através de contratos de licença de exploração da marca (art. 31.º, do CPI).

No entanto, um produto ou serviço apenas é protegido se for digno de proteção, i.e., se cumprir os requisitos positivos e negativos de proteção.

5.3.1. Requisitos de proteção.

As expressões culturais tradicionais, como vimos anteriormente, podem consistir em expressões verbais, musicais ou quaisquer expressões tangíveis. Esta enorme variedade de expressões é acautelada pelo igualmente variado elenco de tipos de marcas que podem ser registadas (entre estas, as marcas figurativas, nominativas, mistas, não-tradicionais, entre outras, cf. art. 208.º, do CPI).

Neste sentido, todas as expressões que consistissem em expressões verbais, como palavras, nomes, sinais e símbolos podem ser protegidos pelas marcas nominativas; todas as expressões que consistam em expressões sonoras, como músicas, poderiam ser protegidas através das marcas sonoras; e todas as expressões que correspondam a desenhos, *designs*, quadros, costumes e artesanato, poderiam ser registadas através de marcas figurativas ou de forma (i.e., tridimensionais)¹⁰².

A acessibilidade ao registo, qualquer que seja o seu tipo, é regulada pelo seu carácter distintivo. Assim, para que uma expressão cultural tradicional – ou até mesmo um produto ou serviço contemporâneo, que dela derive – possa ser protegida com uma marca, ela deverá permitir, não só, identificar o produto, como também a sua diferenciação face aos produtos do mesmo género. A falta deste carácter distintivo constituiu um motivo absoluto de recusa do registo (art. 209.º, n.º 1, al. a), do CPI).

Motivo relativo de recusa será a suscetibilidade do produto em induzir os consumidores em erro quanto à *natureza, qualidades, proveniência geográfica do produto ou serviços a que a marca se destina* (cfr. art. 231.º, n.º 3, al. d), do CPI). A proibição da marca enganosa tem, na sua base, duas preocupações, sendo uma dela impedir que concorrentes obtenham uma

¹⁰² ZAGRAFOS, 2010, p. 55.

vantagem, indevidamente¹⁰³. Esta é, justamente, a principal razão pela qual as comunidades locais reivindicam, para si, direitos positivos sobre as suas expressões culturais tradicionais – para impedir que terceiros recolham vantagens, indevidamente, de um sucesso que não é seu.

A este propósito, o registo de uma marca cujo produto ou serviço seja, ou derive de, uma expressão cultural tradicional de uma comunidade local, por um terceiro a essa comunidade, pode potencialmente causar confusão na mente dos consumidores quanto à verdadeira origem dos produtos em causa, na medida em que os consumidores considerem que o produto tem uma especial relação com uma determinada comunidade, quando na realidade não tem. Há, assim, um risco de confusão sobre a fonte produtiva desse produto, e uma barreira ao desempenho, pelo sinal distintivo, da sua principal função: a função de indicação de proveniência¹⁰⁴.

Apesar de a marca não desempenhar uma função de garantia dos produtos – por contraposição às marcas de certificação ou de garantia –, o consumidor tem a expectativa de que, comprando um produto de uma determinada marca, esse produto terá determinadas qualidades, resultantes das experiências anteriores ou publicidade¹⁰⁵. E há qualidades, no que toca a expressões culturais tradicionais, que só estarão presentes no produto quando o mesmo for produzido pela comunidade local a que dizem respeito.

Além disso, é recusado o registo a marcas compostas por sinais de elevado valor simbólico (cfr. al. b)) e a marcas compostas por expressões ou figuras contrárias à lei, moral, ordem pública e bons costumes (cfr. al. c)). A ser aplicada, esta norma conferia uma proteção defensiva aos produtores culturais quando os apropriadores pretendessem registar marcas que fossem ofensivas aos seus costumes.

Por fim, a marca é um sinal distintivo de produtos ou serviços de uma *empresa* dos de outra *empresa*. Como nos diz COUTO GONÇALVES, a “lei confere, expressamente, legitimidade [para registar um DM, nos termos do art. 211.º, do CPI] em razão da atividade *económica* do interessado, independentemente da respetiva natureza jurídica” e desde que “requeiram o registo em vista dos interesses das respetivas atividades económicas”¹⁰⁶.

Há, assim, uma estreita ligação da marca ao comércio, desde logo, porque a marca é um sinal distintivo do *comércio*. Significa, assim, que o uso da marca que é protegido é aquele em que o seu titular incorre no âmbito da sua atividade comercial. Estaria, por isso, excluída proteção por

¹⁰³ GONÇALVES, et al., 2021, p. 914, em anotação ao art. 231.º.

¹⁰⁴ SILVA, 2020, p. 241.

¹⁰⁵ ALMEIDA, 1999, p. 335.

¹⁰⁶ GONÇALVES, 2019, p. 230.

este instituto quando o titular da marca protetora da expressão cultural a utilizasse no domínio não-económico.

5.3.2. Titularidade.

O direito à marca é um direito exclusivo do seu titular, i.e., é um direito individual, cujo regime jurídico, previsto no CPI e no RMUE, assenta numa ligação estreita entre um *sinhal registado e a empresa titular do seu registo*¹⁰⁷.

Por conseguinte, não poderá ser aplicado o regime da marca individual às expressões culturais tradicionais, mas já será idónea a aplicação a estas do regime das marcas coletivas e de certificação ou de garantia, por corresponderem a direitos coletivos.

5.3.3. Limite Temporal.

Nos termos do art. 247.º, do CPI, o registo da marca tem uma duração de 10 anos, “contados a partir da data da apresentação do pedido, podendo ser indefinidamente renovado, total ou parcialmente, por iguais períodos”. Há, assim, a potencialidade da marca poder durar indefinidamente, quando dela seja feito um uso sério, pelo seu titular, e quando este pague as taxas de renovação (arts. 36.º e 268.º, do CPI, e arts. 63.º e 58.º, do RMUE)¹⁰⁸, o que torna as marcas uma via latente para proteger e promover as expressões culturais tradicionais.

Após esta breve análise, concluímos que os requisitos exigidos obstam à proteção das expressões culturais tradicionais. Não nos espanta, por isso, que a sociedade Lenço dos Namorados, Unipessoal, Lda. tenha visto o seu pedido de registo da marca nacional nominativa “Lenços dos Namorados” recusado, em 2010. O mesmo desfecho teve o pedido de registo apresentado pela sociedade Escola Profissional Amar Terra Verde, Lda., para a marca nominativa “Lenço dos Namorados de Amares”.

5.4. Soluções propostas.

Chegados a este ponto, é seguro afirmar que o regime oferecido pelos direitos de autor, DM e marcas individuais não são capazes de proteger as expressões culturais tradicionais. As suas fragilidades são, basicamente, respeitantes ao seu âmbito temporal e carácter individual.

Há, contudo, duas figuras que contornam estes obstáculos. São estas as marcas coletivas e de certificação ou de garantia, e as DO e IG, razão pela qual focamos, agora, a atenção nestes

¹⁰⁷ SILVA, 2020, p. 326.

¹⁰⁸ Visto que são causas de caducidade do registo a falta de pagamento das taxas e a falta de uso sério da marca durante 5 anos consecutivos, sem justo motivo.

dois sinais distintivos que, na nossa opinião, são os que melhor se adequam à proteção das criações das comunidades locais.

5.4.1. As Marcas Coletivas e de certificação ou de garantia.

O legislador português consagrou, nos arts. 214.º e 215.º, do CPI, a figura das marcas coletivas e das marcas de certificação ou de garantia. Desde 2017, estas marcas estão também previstas no RMUE, nos seus arts. 74.º a 82.º (marcas coletivas) e arts. 83.º a 93.º (marcas de certificação ou de garantia).

O regime atual destas marcas distingue-as tendo em conta, essencialmente, três aspetos.

No que concerne à titularidade dos sinais, a marca coletiva¹⁰⁹ apenas pode ser registada por uma associação de pessoas singulares ou coletivas, ao contrário da marca de certificação, que pode ser registada por qualquer pessoa, singular ou coletiva, de qualquer natureza (arts. 214.º a 216.º, do CPI). Estas marcas destinam-se, assim, a ser usadas por uma coletividade de pessoas, contradizendo o paradigma da individualidade que dita o CPI.

Em seguida, a marca coletiva distingue-se da marca de certificação ou de garantia uma vez que, ao passo que a primeira só pode ser usada pelos membros da associação titular do registo, a segunda poderá ser utilizada por todos aqueles que cumpram os requisitos de certificação (arts. 215.º, n.º 1 e 216.º, n.º 1, al. a), do CPI).

Vê-se, contudo, que o leque de pessoas a quem é concedido o uso da marca é limitado aos membros da associação titular do registo, podendo ficar de fora todos os integrantes da comunidade local que não sejam membros daquela associação. Parece-nos, assim, que a apropriação não estaria combatida, uma vez que a todas as pessoas que não sejam associadas àquela pessoa coletiva, mesmo que integrantes da comunidade criadora do produto cultural, seria barrado o acesso ao registo de uma marca para essa expressão, ou à sua utilização, por ser confundível com a que já tenha sido registada pela associação apropriadora.

¹⁰⁹ No caso da marca coletiva, a titularidade caberá a uma única pessoa que é obrigatoriamente uma pessoa coletiva, que tutela, controla e certifica atividades conforme os seus fins e nos termos dos estatutos ou diplomas orgânicos por ela instituídos (cfr. 216.º, n.º 1, al. b), do CPI). Neste sentido, MARIA MIGUEL CARVALHO, *in* GONÇALVES, et al., 2021, p. 546. Neste âmbito, SARI SHARONI chama-nos à atenção para a necessidade de a associação deter uma definição rigorosa daqueles que podem ser os seus associados, e critérios restritos, por forma a que não seja demasiado permissiva, sob pena de *genericídio*. SHARONI, 2016, p. 22. A transformação da marca numa designação usual levará à sua caducidade, nos termos do art. 268.º, n.º 2, al. a), do CPI.

Pese embora esta crítica, estas marcas garantem a genuinidade do produto registado¹¹⁰ e, por isso, tornam o seu regime adequado à proteção das expressões culturais tradicionais. A marca coletiva, ao contrário da marca individual, propõe-se a certificar que os produtos ou serviços são provenientes de um membro da associação e que respeitam a disciplina definida por esta (podendo ainda certificar a IG). Por sua vez, a marca de certificação ou de garantia visa, essencialmente, assegurar que o produto ou serviço por ela protegido foi objeto de controlo pela entidade competente.

Esta função de garantia colmata, assim, o risco de confusão existente nas marcas individuais e protege não só as comunidades locais, ao reconhecer a importância das características dos produtos culturais a proteger, como também os consumidores, na medida em que os auxiliam na procura por produtos autênticos¹¹¹ e que representam uma verdadeira conexão e causalidade entre a expressão cultural tradicional e a comunidade cultural que pretendem representar.

Por estas razões, em Portugal, as marcas coletivas e de certificação ou de garantia têm sido as figuras mais procuradas para proteger expressões culturais tradicionais.

Veja-se, a título de exemplo, a Lei n.º 55/90, de 5 de setembro, que criou a marca coletiva de proveniência para os bordados da Região Autónoma da Madeira. Instituiu-se, assim, com mérito, “um sistema de autenticação do bordado da Madeira através do uso de uma «Marca colectiva com indicação de proveniência» (...) com o fim de garantir a origem, a tipicidade e a qualidade do bordado da Madeira, características que o distinguem dos produtos similares existentes no mercado (art. 1.º)”. Nos termos do art. 3.º, a titularidade deste sinal distintivo pertence IBTAM, ao qual compete o poder de autorizar o uso desta marca para o Bordado da Madeira.

Mas este não é o único exemplo:

- a) A Câmara Municipal das Caldas da Rainha é titular da marca coletiva "Bordados das Caldas da Rainha¹¹²";
- b) O Centro Regional de Apoio ao Artesanato, Vice-Presidência do Governo, Emprego e Competitividade Empresarial é titular da marca coletiva “Artesanato dos Açores – Produto de Origem. Qualidade Certificada¹¹³”;

¹¹⁰ ALBERTO RIBEIRO DE ALMEIDA diz-nos, relativamente às marcas de certificação que “a função certificadora e indicadora de qualidade é a função principal destas marcas” ALMEIDA, 1999, p. 365.

¹¹¹ Neste sentido, ZAGRAFOS, 2010, pp. 223-224.

¹¹² Marca coletiva n.º 355422.

¹¹³ Marca coletiva n.º 512462.

- c) A ARANA – Associação de Artesãos do Norte Alentejano foi titular da marca coletiva “Artesanato do Norte Alentejano”, mas o registo caducou, em 2013, por falta de pagamento das taxas;
- d) A FAVICRI - Fábrica de Vidros e Cristais, Lda. é titular da marca coletiva “Marinha Grande Glass”¹¹⁴, a qual é utilizada em obras de arte de vidro soprado e de cristal, criadas por artesãos na região da Marinha Grande.

5.4.2. As Indicações de Origem e Denominações Geográficas.

Resta-nos falar das DO e IG.

As DO e IG desempenham, essencialmente, funções de indicação de origem geográfica, de garantia qualitativa, e comunicativa ou publicitária¹¹⁵. Para RIBEIRO DE ALMEIDA, a IG apresenta-se também como um meio de proteção do património cultural, e, conseqüentemente, os

*fatores humanos e naturais associados a uma localidade e a uma comunidade, os produtos da tradição e a técnica de uma comunidade incorporada (...) na sua produção, poderão ser protegidos, identificados e diferenciados dos seus concorrentes através, nomeadamente, da indicação geográfica (...) como modo de certificação desse carácter essencial*¹¹⁶.

A IG tem, assim, um imenso potencial para tutelar as expressões culturais tradicionais na medida em que

*ajudam a preservar tradições locais e a cultura nacional através da salvaguarda e manutenção dos métodos de produção, transformação e fabrico que, de outra forma, estariam aglomerados numa produção em massa*¹¹⁷.

Estas duas figuras são hoje definidas no art. 299.º, do CPI, como sinais que, apesar de serem semelhantes em sentido, distinguem-se pela sua maior ou menor ligação à região na qual surgiram¹¹⁸. Vemos, assim, que a DO “exige um vínculo acentuado do produto com a região demarcada, ao contrário da indicação geográfica, que se basta com uma leve aparência com a região (...)”¹¹⁹.

¹¹⁴ Marca coletiva n.º 576936.

¹¹⁵ GONÇALVES, 2019, p. 110, em anotação ao art. 299.º.

¹¹⁶ ALMEIDA, 2010, pp. 590-591.

¹¹⁷ JOKUTI, 2009, p. 120, cit. por GANGJEE, 2016, p. 544.

¹¹⁸ Para uma distinção rigorosa entre as DO e IG, veja-se (SILVA, 2020, pp. 388 - 392).

¹¹⁹ ALMEIDA, 2010, p. 279.

A DO é elegível como um meio de proteção capaz de proteger as expressões culturais tradicionais com maior rigor do que a IG, não só porque a doutrina é unânime quanto à qualificação da primeira como um dos sinais ou meios distintivos de produtos¹²⁰, como também por corresponder a uma garantia de qualidade¹²¹, capaz de indicar aos consumidores que o produto protegido tem as qualidades e características inerentes à região demarcada a que se referem.

Contudo, a IG parece apresentar, na nossa opinião, uma proteção mais adequada às expressões culturais tradicionais uma vez que, ao não exigir, cumulativamente, que a produção, elaboração e transformação ocorra dentro da região demarcada, abre portas aos comerciantes, não só, para uma maior mobilidade comercial, como também para o uso de recursos que se encontrem fora daquele território. Por exemplo, permite que as camisolas poveiras usufruam de certificação enquanto IG correspondente à Póvoa do Varzim, mesmo que a lã de que são feitas as camisolas provenha da Serra da Estrela. Bastaria, por isso, para beneficiar desta proteção, que a elaboração, produção, *ou* a transformação da camisola ocorra dentro da área limitada.

Como sabemos, estes sinais distintivos estão essencialmente ligados a produtos alimentares e vinícolas¹²², mas não estão a eles restritos. RIBEIRO DE ALMEIDA alerta para o alargamento progressivo do âmbito de aplicação destes sinais. Hoje, beneficiam de certificação das DO e IG, também os produtos não-alimentares¹²³.

As qualidades dos produtos objeto de certificação são essencialmente devidas ao seu meio geográfico, que compreende fatores naturais e fatores humanos. Relega-se, contudo, os fatores humanos para segundo plano, uma vez que, apesar de coexistirem, os meios naturais não podem ser afastados.

Ora, não obstante os fatores naturais serem relevantes no domínio das expressões culturais tradicionais, em especial, na aferição da sua origem, a verdade é que estes apenas influenciam indiretamente os fatores humanos¹²⁴. Nas expressões culturais tradicionais, tais como

¹²⁰ A este respeito, SILVA, 2020, p. 56.

¹²¹ ALMEIDA, 1999, p. 56.

¹²² Os produtos protegidos por uma DO reúnem características e qualidades típicas que se devem essencial ou exclusivamente ao meio geográfico, compreendendo os fatores humanos e os fatores naturais.

¹²³ Na mesma linha de pensamento, DEV. S. GANGJEE identifica como uma “consequência importante do reconhecimento da dimensão humana [da IG] foi a expansão do tema, através da qual os regimes de indicações geográficas podiam acomodar produtos baseados em receitas (...) ou mesmo têxteis e artesanato”. GANGJEE, 2016, p. 548. Por sua vez, o Parecer da CÂMARA CORPORATIVA acerca da Proposta de Lei sobre Propriedade Intelectual dizia-nos, já, que a DO se podia aplicar também a produtos fabricados, como é o caso das expressões culturais tradicionais artesanais (por exemplo, os Bordados da Madeira, Vila do Conde, Viana do Castelo, entre outros).

¹²⁴ DRUMMOND, 2017, p. 215.

camisolas, brincos, bordados, e demais peças de artesanato, ganha especial relevo, não a influência das condições meteorológicas e as qualidades do meio geográfico no produto, mas essencialmente os fatores de origem humana, nomeadamente, a sua produção e técnica. Mas não nos parece que esta secundariedade assumida pelos fatores naturais pudesse negar às expressões culturais tradicionais uma certificação por IG, porque a ação do meio ambiente e natural em que se inserem exerce sobre aquelas uma influência decisiva. Por exemplo, no caso das camisolas poveiras, certamente que se as camisolas tivessem origem no Sul do país, que o material não seria lã, por ser quente.

Tal como a prática o demonstra, existem já em Portugal¹²⁵ DO sobre produtos não-alimentares. O exemplo mais paradigmático são os Bordados da Madeira¹²⁶, que são objeto da DO concedida no Boletim de Propriedade Intelectual n.º 11/88, cujo titular é o Instituto de Bordado, Tapeçarias e Artesanato da Madeira. Ainda, entre nós, os tapetes de arraiolos poderão beneficiar do regime jurídico da DO ou da IG, concedido pelo CPI, nos termos da Lei da Assembleia da República n.º 7/2002, de 31 de Janeiro. Esta Lei veio criar o Centro para a Promoção e Valorização do Tapete de Arraiolos¹²⁷, conferindo-lhe atribuições para “promover, controlar, certificar e fiscalizar a qualidade, genuinidade e demais preceitos de produção do tapete de Arraiolos” (art. 3.º, al. d)), e dedicando o seu Capítulo II à classificação e certificação do referido tapete (em especial, arts. 8.º e 9.º).

Para além do exposto, um dos elementos que evidencia o mérito destes sinais distintivos como meio de proteção das expressões culturais tradicionais é a sua duração ilimitada. Como vimos, os restantes direitos privativos conferem um direito de uso exclusivo temporalmente limitado. Já as DO e IG, nos termos do art. 304.º, do CPI, têm duração ilimitada, o que permite oferecer às comunidades locais a proteção duradoura que reclamam¹²⁸.

Por outro lado, diz-nos o n.º 4, do art. 299.º, do CPI, que a DO e IG são sinais de titularidade coletiva¹²⁹, porquanto o direito de usar estes sinais pertence a todos aqueles que, no interior da

¹²⁵ Portugal é, aliás, um dos países referidos pela OMPI como sendo um daqueles que forneceram relevantes exemplos de certificação de expressões culturais tradicionais e conhecimento tradicional como DO. São dados como exemplo o vinho do Porto, Madeira, Redondo, entre outros, e até mesmo os Bordados da Madeira. Ver, a este propósito, o já citado *Background Paper N.º 1* (WIPO/OMPI, 2003, p. 50).

¹²⁶ Mais recentemente, a Portaria n.º 121/2018, de 23 de março, da Vice-Presidência do Governo Regional e Secretaria Regional de Agricultura e Pescas aprovou o regulamento da Oficina de Artesanato da Madeira do Instituto do Vinho, do Bordado e do Artesanato da Madeira, IP-RAM.

¹²⁷ A função de garantia qualitativa significa que o produto beneficia de DO ou IG está conforme com um caderno de certificações, cujo cumprimento exigirá um organismo de controlo.

¹²⁸ Note-se, no entanto, que o registo poderá caducar se a DO ou a IG se transformar em simples designação genérica de um sistema de fabrico ou de um tipo determinado de produtos, nos termos do art. 309.º, do CPI.

¹²⁹ “Não nos esqueçamos, ainda, que as indicações geográficas são a única forma de propriedade intelectual que as comunidades locais, de qualquer parte do mundo, estão em condições de possuir.” *Vide* o Parecer do Comité

região demarcada, produzem os bens a que se referem a DO ou IG. O direito de propriedade sobre estas figuras apresenta-se, na opinião de RIBEIRO DE ALMEIDA,

*como um direito indivisível traduzido numa contitularidade coletiva (...) e que compete íntegro a cada um dos produtores (...). Uma coletividade ou comunidade (...) de titulares em que cada um, de forma independente e igual, pode invocar o seu direito contra uma usurpação ou uma imitação por terceiro*¹³⁰.

Pese embora as suas aptidões, a proteção oferecida pelas DO e IG é insuficiente, por duas razões essenciais.

Primeiro, o registo de uma IG ou DO apenas impede o uso de designações iguais ou semelhantes no contexto de produtos iguais ou afins (art. 306.º, do CPI). Tal significa que, apesar de estes sinais estarem associados a uma expressão cultural tradicional, não protegerão a expressão em si mesma, capacitando terceiros usufruir da mesma, desde que não utilizem essa indicação ou denominação. Por exemplo, poderão produzir e vender um tapete igual ao de arraiolos, desde que não lhe imponham a denominação/indicação de “tapete de arraiolos”.¹³¹ Conclui-se, assim, que o escopo destas figuras se limita a impedir a utilização indevida do nome geográfico de uma região ou de uma imagem associada, pelo que apenas funcionarão como um mecanismo indireto de proteção, desempenhando um papel representativo das suas origens e de constrangimento à sua comunidade de origem.¹³²

Em segundo lugar, o regime da IG e DO atribui aos seus titulares poderes limitados face à proteção positiva que defendemos *supra*. A proteção positiva visa, essencialmente, conceder aos titulares das expressões culturais tradicionais uma contrapartida económica resultante da exploração comercial levada a cabo por terceiros, devidamente autorizados pela comunidade local competente. No entanto, nas DO e IG, o titular não pode alienar ou transferir o gozo do seu direito para um terceiro, porque o direito não é só dele¹³³, vedando assim às comunidades locais rentabilizar economicamente os seus produtos.

Económico e Social Europeu sobre as “indicações e denominações geográficas (2007/C204/14), *cit. por*. ALMEIDA, 2010, p. 238.

¹³⁰ GONÇALVES, et al., 2021, p. 1113, em anotação ao art. 299.º.

¹³¹ RIBEIRO DE ALMEIDA sublinha que “a indicação geográfica em si mesma (...) não protege o conhecimento tradicional, em si mesmo. [Esta] não impede o uso do conhecimento tradicional por terceiros desde que estes não utilizem tal indicação”. ALMEIDA, 2010, p. 592.

¹³² GANGJEE, 2016, p. 549.

¹³³ ALMEIDA, 1999, p. 118.

CONCLUSÃO.

Muito mais haveria para dizer sobre esta temática. O crescente interesse da população e das demais indústrias nas diversas formas através das quais a cultura se manifesta eleva a necessidade de investigar as formas para a sua proteção e estabelecer um regime especial para a conciliação dos interesses das comunidades locais e dos demais sujeitos interessados em transformar e tomar como inspiração os produtos e criações que as primeiras produziram.

Estamos conscientes da fonte de inovação e criatividade que as expressões culturais tradicionais representam, e, numa visão romancista do domínio público, percebemos que estas expressões possam servir aquele propósito e integrar aquele domínio que existe, justamente, para servir de inspiração aos artistas contemporâneos.

Conquanto, *servir de inspiração* não pode justificar a *cópia* ou a *apropriação*. Daí que as expressões tradicionais não podem permanecer sem proteção. Assim, a tutela destas expressões através de direitos de propriedade intelectual permitiria às comunidades interessadas, mais do que impedir, controlar o uso que é feito das suas expressões e rentabilizá-las economicamente. Acreditamos e defendemos, neste sentido, que uma proteção positiva permite, não só, promover as expressões culturais tradicionais de forma sustentável, como também proteger as mesmas e as suas comunidades criadoras, que se esforçaram para que elas se tivessem mantido inspiradoras, até aos dias de hoje.

Da análise realizada aos regimes jurídicos internos que vigoram em países da comunidade internacional, concluímos que existem já iniciativas legislativas para proteção daquelas expressões, mormente, mediante a criação de sistemas de registo e de autorização. Por sua vez, da reflexão e análise do sistema nacional português, percebemos que os direitos de autor, marcas e os DM não são capazes de oferecer tutela a estes produtos culturais, e que apenas as marcas coletivas e as IG podiam oferecer uma proteção às expressões culturais tradicionais, mesmo que os seus regimes apresentem ainda algumas fragilidades.

Concluimos, assim, pugnando pela criação de um sistema *suis generis* de proteção para estas expressões culturais tradicionais, cujo recorte do sistema remetemos para uma análise futura, visto que o estudo da proteção destas expressões no sistema jurídico português não poderá terminar por aqui.

BIBLIOGRAFIA

- AKESTER, P. (2013). *Direitos de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais*. Coimbra: Almedina.
- ALMEIDA, A. R. (1999). *Denominação de Origem e Marca*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ALMEIDA, A. R. (2010). *A Autonomia Jurídica da Denominação de Origem. Uma perspetiva transnacional. Uma garantia de qualidade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- AREWA, O. B. (2006). Piracy, Biopiracy and Borrowing: Culture, Cultural Heritage and the Globalization of Intellectual Property, Case Research Paper Series, Working Paper 04-19. *Legal Studies*. Consultado a 16 de Outubro de 2021. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=596921
- ARNESEN, C. P. (2014). Protection of traditional cultural expressions: an EU perspective. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 9(5).
- ASCENSÃO, J. d. (2008). *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- AWOPETU, R. (2020). In Defense of Culture: Protecting Traditional Cultural Expressions in Intellectual Property. *Emory Law Journal*, 745-779. Consultado a 10 de Janeiro de 2022. Disponível em <https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=elj>
- BURGER, P. (1988). The Berne Convention: Its History And Its Key Role In The Future". *Journal of Law and Technology*, 3.
- CANOTILHO, J. J., & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada* (4.^a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- DRAHOS, P. (2004). *Intellectual Property, Indigenous People and their Knowledge*. Cambridge University Press.
- DRUMMOND, V. G. (2017). *A Tutela Jurídica das Expressões Tradicionais Culturais*. São Paulo: Almedina Brasil.

- FREDRIKSSON, M. (2017). Biopiracy or bioprospecting: Negotiating the Limits of Propertization. Em J. Arvanitakis, & M. Fredriksson, *Property, Place and Piracy* (pp. 174-186). Consultado a 26 de Dezembro de 2021. Disponível em <http://liu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1153590/FULLTEXT02.pdf>
- GANGJEE, D. S. (2016). Geographical Indications and Cultural Rights: The Intangible Cultural Heritage Connection? *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, 544-559.
- GONÇALVES, L. C. (2019). *Manual de Direito Industrial. Propriedade Industrial e Concorrência Desleal* (8 ed.). Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, L. C., PEREIRA, D. A., SILVA, A. P., VICENTE, D. M., MARQUES, J. R., MENDES, M. O., . . . SILVA, N. S. (2021). *Código da Propriedade Intelectual Anotado*. Coimbra: Almedina.
- JOKUTI, A. (2009). Where is the what if the what is why? A rough guide to the maze of geographical indications. *European Intellectual Property Review*, 1 (3).
- LAI, J. C. (2010). *Māori Culture in the Modern World: Its Creation, Appropriation and Trade*. Consultado a 10 de Março de 2022. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1961482
- LANDES, W. M., & POSNER, R. A. (2003). The Economic Structure of Intellectual Property Law. *The Belknap Press of Harvard University Press*, 11-24.
- LEITÃO, L. M. (2018). *Direito de Autor* (2.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- LENJO, E. M. (2017). Inspiration Versus Exploitation: Traditional Cultural Expressions at the Hem of the Fashion Industry. *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2.^o (4), 139-156. Consultado a 10 de Março de 2022. Disponível em <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1310&context=iplr>
- LITMAN, J. D. (1990). The Public Domain. *Emory Law Journal*, 39, 965-1023. Consultado em 10 de Março de 2022. Disponível em <https://repository.law.umich.edu/articles/222/>
- MARQUES, J. P. (2007). *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual. Direito de Autor. Direito de Patente e Modelo de Utilidade. Desenhos ou Modelos*. (Vol. I). Coimbra: Almedina.

- MARQUES, J. P. (2007). *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual. Obtenções Vegetais. Conhecimentos Tradicionais. Sinais distintivos. Bioinformática e Bases de Dados. Direito da Concorrência*. (Vol. II). Coimbra: Almedina.
- MARTINET, L. (2019). Traditional Cultural Expressions and International Intellectual Property Law. *International Journal of Legal Information*, 47, 6-12. Consultado a 10 de Março de 2022. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/international-journal-of-legal-information/article/traditional-cultural-expressions-and-international-intellectual-property-law/FB2753FCCB69B560BBBCA30CD221739C>
- MELLO, A. d. (2007). *Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos* (2.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- MIRANDA, J. (2012). O Património Cultural na Constituição Portuguesa. Em *Novos Estudos de Direito Patrimonial Cultural* (Vol. II). Lisboa: Almedina.
- NABAIS, J. C. (2013). Reflexões sobre os princípios gerais do direito patrimonial cultural. *CEDOUA - Revisto do contro de direito do ordenamento, do urbanismo e do ambiente*, Ano 16(32), 9-33.
- OLAVO, C. (Janeiro de 1999). Contrato de licença de exploração de Marca. *Revista da Ordem dos Advogados*, I (Ano 59), 87-122. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1fdd5a-64d6-43cd-977f-4848a7dbac8%7D.pdf>
- PEREIRA, A. M. (Maio-Agosto de 1980). Propriedade Literária e Artística . Conceitos e tipos legislativos. *Revista da Ordem dos Advogados*, II(Ano 40), 485-501. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7B7739c950-ee26-43cc-9510-38bdba14ae9e%7D.pdf>
- PIDWELL, P. (2015). Os requisitos substantivos da proteção dos desenhos ou modelos. *Revista de Direito Intelectual*(1).
- ROCHA, M. V. (2008). Contributos para delimitação da “originalidade” como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor. *Ars Iucandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, II*. Disponível em <http://www.apdi.pt>
- SEARLE, N., & Frsa, M. B. (2016). *Economic Approaches to Intellectual Property*. Oxford: Oxford University Press.

- SELL, S. K. (2002). Post-Trips Developments: The Tension Between Commercial and Social Agendas in the Context of Intellectual Property. *Florida Journal of International Law*, 14(2), 193-216. Disponível em https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/fjil14&div=17&g_sent=1&casa_token=kbUBpqUvUpgAAAAA:njuOmlNAGNrj_0fuN0TrQwVbIPpAQ2FJ-k5tX-mxmlSw7JNrN7q25_12IhtdCiGVjIp8UDI&collection=journals
- SERRANO, M. M. (2013). A proteção dos direitos culturais: cultura e património na Experiência jurídica e judiciária portuguesa. (CEJ, Ed.) *Revista do CEJ*, 2.º Semestre (2), 383-408.
- SHARONI, S. (2016). The Mark of a Culture: The Efficiency and Propriety of Using Trademark Law to Deter Cultural Appropriation. Stanford Law School. Disponível em <https://law.stanford.edu/publications/the-mark-of-a-culture-the-efficiency-and-propriety-of-using-trademark-law-to-deter-cultural-appropriatio/>
- SHERMAN, B., & BENTLY, L. (1999). *The Making of Modern Intellectual Property Law. The British Experience 1760-1911*. Cambridge University Press.
- SIEMS, M. (2019). The Law and Ethics of Cultural Appropriation. *International Journal of Law in Context*, 15, 408-423.
- SILVA, N. S. (2013). Uma introdução ao direito de autor europeu. *Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, IV*, 1331-1387.
- SILVA, N. S. (2016). Direitos Conexos (ao Direito de Autor). *Revista da Ordem dos Advogados, Ano 76*, 335-445.
- SILVA, N. S. (2017). Patentes de células estaminais: a situação europeia em conforto como o direito dos EUA. *Revista de Direito Intelectual* (2), 123-156. Disponível em https://www.nsousaesilva.pt/web/images/_Data/Publicacoes-Artigos/NSS_Patentes_de_ce%CC%81lulas_estaminais-_a_situac%CC%A7a%CC%83o_europeia_em_confronto_com_o_Direito_dos_EUA.pdf
- SILVA, P. S. (2020). *Direito Industrial* (2.ª ed.). Almedina.
- SILVA, P. S. (2017). *Proteção Jurídica do Design*. Coimbra: Almedina.

- SILVA, V. P. (2007). *A cultura a que tenho direito: Direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina.
- SRINIVAS, K. R. (2007). Intellectual Property Rights and Traditional Knowledge: The Case of Yoga. *Economic and Political Weekly*, 47(27 e 28), 2866-2871.
- TSOSIE, A. R. (2002). Reclaiming Native Stories: An Essay on Cultural Appropriation and Cultural Rights. *Arizona State Law Journal*, 34, 299-358. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1401522
- WIPO/OMPI. (2 de Maio de 2003). Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folclore. Background Paper n.º 1. Disponível em https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/785/wipo_pub_785.pdf
- WIPO/OMPI. (2016). The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (N.º 2). Disponível em https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_tk_2.pdf
- ZAGRAFOS, D. (2010). *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions (E-book)*. Northampton: Edward Elgar.
- ZIFF, B. H., & RAO, P. V. (1997). Introduction to cultural appropriation: a framework for analysis. Em B. H. Ziff, & P. V. Rao, *Borrowed Power: Essays on Cultural Appropriation* (p. 1). New Brunswick: Rutgers University Press.