

Nº 7

O direito consuetudinário e os conhecimentos tradicionais*

O direito consuetudinário é fundamental para a própria identidade dos povos indígenas e das comunidades locais, pois define direitos, obrigações e responsabilidades dos membros relativamente a aspectos importantes das suas vidas, culturas e visões do mundo. O direito consuetudinário pode referir-se à utilização aos recursos naturais, direitos e obrigações relacionados com a terra, as sucessões e a propriedade, condução da vida espiritual, preservação do património cultural, e muitas outras questões, bem como ao respectivo acesso.

A conservação das leis consuetudinárias pode ser capital para manter o vigor da vida intelectual, cultural e espiritual e o património dos povos indígenas e das comunidades locais, que também requerem várias formas de respeito e reconhecimento das leis consuetudinárias para além dos limites das suas próprias comunidades, por exemplo, em reivindicações relativas a terras e a recursos naturais. Isto pode levantar problemas complexos em matéria de direito constitucional nacional.

Problemas semelhantes podem surgir quando se considera a interface entre as leis e práticas consuetudinárias e as leis convencionais de propriedade intelectual, e quando se tomam decisões sobre formas apropriadas de proteção dos conhecimentos tradicionais contra a utilização abusiva e a apropriação indevida.

Esta nota examina os problemas relativos ao direito consuetudinário, aos conhecimentos tradicionais e à propriedade intelectual. O termo “conhecimentos tradicionais” é utilizado nesta nota num sentido geral, abrangendo o conteúdo dos próprios conhecimentos, assim como as expressões culturais tradicionais.

O que é o direito consuetudinário?

O direito consuetudinário é uma série de costumes, práticas e crenças que são aceites como regras obrigatórias de conduta pelos povos indígenas e comunidades locais. O direito consuetudinário é uma parte intrínseca dos seus sistemas sociais e económicos e modos de vida.

O que caracteriza o direito consuetudinário é precisamente o fato de consistir num grupo de costumes que são reconhecidos e partilhados coletivamente por uma comunidade, por um povo, grupo étnico ou religioso. Isto contrasta com as leis escritas que emanam de uma autoridade política constituída, cuja aplicação está nas mãos dessa autoridade, geralmente o Estado.

Como o direito consuetudinário protege os conhecimentos tradicionais?

O que torna os conhecimentos “tradicionais” talvez seja exatamente o fato de serem desenvolvidos, mantidos e difundidos num contexto consuetudinário, inter-gerações, e muitas vezes por este contexto ser definido e modelado pelo direito consuetudinário. Por isso, até a questão de base na discussão da proteção dos conhecimentos tradicionais – a que se refere este termo? – pode exigir uma certa compreensão do direito consuetudinário. Esta é uma das razões pelas quais os povos indígenas e as comunidades locais têm consistentemente argumentado que as medidas de proteção dos conhecimentos tradicionais contra a utilização abusiva e a apropriação indevida devem ser baseadas nas suas leis consuetudinárias e apoiar a sua aplicação.

O direito consuetudinário é, portanto, um elemento potencial de uma perspectiva globalizante que pode incluir leis e protocolos consuetudinários e indígenas como parte de uma série mais vasta de instrumentos para a proteção dos conhecimentos tradicionais. Esses instrumentos podem incluir sistemas existentes de propriedade intelectual, sistemas de propriedade intelectual adaptados com elementos *sui generis*, e novos sistemas autônomos *sui generis*, assim como opções não pertencentes à propriedade intelectual,

* Esta Nota Informativa baseia-se em publicações anteriores, notadamente um documento preparado pela Secretária da OMPI e estudos pelo Dr. Brendan Tobin e pelo Sr. Rodrigo de la Cruz (ver adiante “Outras leituras”)

tais como práticas comerciais e leis sobre a etiquetagem, regras sobre a responsabilidade, utilização de contratos, regulação do acesso aos recursos genéticos, bem como medidas corretivas relativas a atos ilícitos (delitos), tais como o enriquecimento indevido, direitos de publicidade e blasfêmia.

Entre os principais atributos do direito consuetudinário podem encontrar-se, conforme o contexto, a sua legitimidade, flexibilidade e adaptabilidade. Em alguns países o direito consuetudinário é reconhecido como uma fonte do direito, noutros países a sua função está limitada ao exercício da autonomia interna ou governo autônomo dos povos indígenas e comunidades locais, enquanto que muitos países ainda não reconhecem formalmente o direito consuetudinário.

De um modo geral, o direito consuetudinário pode servir como:

- base legal fundamental ou fonte de direito para os direitos legais de uma comunidade sobre os conhecimentos tradicionais;
- elemento factual no estabelecimento dos direitos coletivos de uma comunidade sobre os conhecimentos tradicionais;
- elemento da definição dos conhecimentos tradicionais, ou pode de outro modo estabelecer a relação entre os conhecimentos e uma comunidade, relação esta que é fundamental para o conceito de “conhecimentos tradicionais”;
- meio de determinar ou orientar os processos a utilizar para obter o “consentimento livre, prévio e esclarecido” de uma comunidade para o acesso a e/ou a utilização de conhecimentos tradicionais;
- base de direitos específicos de usuário ou exceções, isentando as utilizações e práticas consuetudinárias duradouras de restrições legais relativas à utilização dos conhecimentos tradicionais;
- guia para a avaliação da ofensa ou dano cultural ou espiritual causado pela utilização inapropriada de conhecimentos tradicionais;
- modo de determinar ou orientar a maneira como os benefícios da utilização de conhecimentos tradicionais devem ser partilhados equitativamente numa comunidade;
- meio de determinar medidas corretivas, sanções ou restituição apropriadas após uma violação de direitos relativos a conhecimentos tradicionais;
- meio de resolução de conflitos sobre a propriedade ou outras formas de detenção de conhecimentos tradicionais; e
- guia em matéria de transmissão de direitos sobre conhecimentos tradicionais de geração em geração.

O direito consuetudinário e a proteção da propriedade intelectual dos conhecimentos tradicionais

A interação entre o direito consuetudinário e a proteção da propriedade intelectual dos conhecimentos tradicionais é complexa. Os povos indígenas e as comunidades locais, como sociedades distintas, deram muitas vezes origem a normas de governança diversas que, entre outras coisas, podem regular fluxos de conhecimentos e inovação, de um modo que reflete os valores relacionados com os conhecimentos do povo indí-

gena e da comunidade local em questão. Embora diferentes dos sistemas de propriedade intelectual, essas regulações são consideradas tão eficazes quanto os referidos sistemas, no que diz respeito à proteção do inovador local.

Os detentores de conhecimentos tradicionais, quando desejaram fazê-lo, tiveram muitas vezes dificuldades em ter acesso ao sistema formal de propriedade intelectual, que se baseia em estruturas e processos altamente documentados, codificados e administrados pelos governos. Muitos povos indígenas e comunidades locais têm tido falta de recursos, de registros escritos e de estruturas governativas representativas reconhecidas no exterior, que facilitem o controle dos seus conhecimentos tradicionais, o que impede que os detentores de conhecimentos se protejam eficazmente da apropriações ilícitas, ou que procurem uma proteção positiva da propriedade intelectual.

Além disso, as leis e as práticas consuetudinárias podem, por exemplo, exigir que os conhecimentos tradicionais sejam mantidos em segredo, enquanto que a divulgação faz parte da lógica central da legislação sobre patentes. Se uma invenção não for totalmente divulgada, uma patente relativa a essa invenção será inválida. Além disso, uma patente baseada em conhecimentos tradicionais, mesmo que seja concedida, apenas fornece uma proteção temporária, que pode ser uma salvaguarda inadequada para conhecimentos que são transmitidos de geração em geração.

No entanto, o direito consuetudinário pode ser utilizado conjuntamente com sistemas formais de propriedade intelectual para preencher algumas das lacunas na proteção dos conhecimentos tradicionais. Por exemplo, leis consuetudinárias em matéria de sucessão podem determinar quem são os titulares da propriedade intelectual ou a identidade legal de uma comunidade como titular de um direito; leis consuetudinárias que impõem uma obrigação de confidencialidade podem ser eficazmente aplicadas para impedir a divulgação para além do círculo tradicional; e leis consuetudinárias que regem a utilização de um símbolo sagrado podem servir para recusar o registro desse símbolo como marca de fábrica ou de comércio por terceiros.

De um ponto de vista processual, o direito consuetudinário pode reger a maneira como devem ser empreendidas as consultas, como devem ser resolvidos os conflitos, como devem ser reconciliadas reivindicações concorrentes, e que penalidades e medidas corretivas devem ser aplicadas. Em princípio, tais aspectos processuais podem ser considerados a respeito de matéria que está fora do âmbito tradicional do direito consuetudinário – por exemplo, no estabelecimento da partilha equitativa dos benefícios resultantes da exploração comercial de conhecimentos tradicionais ou na determinação da distribuição de indenizações por perdas e danos no caso de violação de direitos de propriedade intelectual.

A experiência muito mais rica do reconhecimento do direito consuetudinário em áreas diferentes da propriedade intelectual pode revelar possibilidades inexploradas para o direito de propriedade intelectual. Podem ser citados como exemplos: questões de recursos e legislação sobre o meio ambiente; leis sobre a propriedade e sobre as sucessões; a aplicação do direito consuetudinário na resolução de conflitos e em di-

reito penal; o direito das obrigações, sociedades anônimas e ações; bem como direito civil geral e da família.

Leis *sui generis* e direito consuetudinário

Representantes de povos indígenas e de comunidades locais têm participado ativamente tanto na Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore (IGC) como nas reuniões sobre a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) (tais como o Grupo de Trabalho Aberto Ad Hoc sobre o Artigo 8.(j) e Disposições Conexas, as reuniões sobre o acesso e a partilha de benefícios antes do Protocolo de Nagoia, e as reuniões relativas ao Protocolo de Nagoia), onde pediram que fossem elaborados mecanismos relacionados com os conhecimentos tradicionais e adaptados às suas realidades, valores e leis consuetudinárias. Em ambos os fóruns, o trabalho concentrou-se em proposições de mecanismos *sui generis* destinados a proteger os conhecimentos tradicionais, especialmente contra a apropriação ilegítima. Os povos indígenas e as comunidades locais têm argumentado frequentemente que as suas leis e práticas consuetudinárias são essencialmente regimes *sui generis* especificamente elaborados para a proteção dos seus conhecimentos tradicionais.

A nível nacional ou regional, leis *sui generis* existentes para a proteção dos conhecimentos tradicionais seguiram diversas orientações positivas no sentido de reconhecer o direito consuetudinário.

A nível internacional, estão em andamento negociações na IGC sobre o desenvolvimento de um ou mais instrumentos legais internacionais para a proteção eficaz dos conhecimentos tradicionais. Muitos participantes no trabalho da IGC, inclusive Estados membros da OMPI e representantes de povos indígenas e de comunidades locais, salientaram a função do direito consuetudinário nesta área.

Conclusão

A proteção eficaz dos conhecimentos tradicionais não pode ser assegurada apenas a nível internacional. O empenho dos decisores nacionais na promoção dessa proteção a nível internacional deve ser acompanhado pela adoção de legislação e política nacional pertinente em matéria de conhecimentos tradicionais. Legislação e política regional serão importantes para proteger os direitos relativos a conhecimentos tradicionais partilhados e detidos por povos indígenas e comunidades locais em mais de um Estado. A utilização duradoura de conhecimentos tradicionais por povos indígenas e comunidades locais, o desenvolvimento de políticas de gestão de conhecimentos tradicionais, bem como o estabelecimento de bases de dados de conhecimentos tradicionais geridas pela comunidade, são necessários para a proteção a longo prazo dos conhecimentos tradicionais. A adoção de legislação e políticas de desenvolvimento que tornem os povos indígenas e as comunidades locais capazes de exercer o controle sobre os seus conhecimentos tradicionais de acordo com o direito consuetudinário é essencial para a proteção dos conhecimentos tradicionais.

O reconhecimento do direito consuetudinário em leis *sui generis* sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais a nível nacional e regional

- A Lei sobre os Direitos dos Povos Indígenas das Filipinas, de 1977, estabelece um “direito à restituição da propriedade cultural, intelectual, religiosa e espiritual” tomada *inter alia* “em violação das leis, tradições e costumes [dos povos indígenas]”. O acesso aos conhecimentos indígenas está sujeito ao consentimento prévio esclarecido obtido de acordo com as leis consuetudinárias. Quando surgem conflitos “leis e práticas consuetudinárias devem ser utilizadas para resolver o conflito”.
- Um objetivo da Lei Peruana N° 27811 de 24 de julho de 2002, que introduz um Regime de Proteção para os Conhecimentos Coletivos dos Povos Indígenas derivados dos Recursos Biológicos, é “promover a distribuição justa e equitativa dos benefícios resultantes da utilização de [...] conhecimentos coletivos”. Esta lei reconhece leis e protocolos consuetudinários no contexto da partilha de benefícios, e declara que “os povos indígenas [...] podem recorrer aos seus sistemas tradicionais para fins de distribuição de benefícios”. A lei prevê também que “a troca tradicional dos conhecimentos coletivos entre os povos indígenas” não será afetada.
- O Protocolo de Swakopmund sobre a Proteção dos Conhecimentos Tradicionais e das Expressões do Folclore no âmbito da Organização Regional Africana da Propriedade Intelectual (ORAPI) reconhece a função das leis e práticas consuetudinárias em vários artigos. Contém também uma definição de leis e práticas consuetudinárias.

Questões a considerar em matéria de direito consuetudinário e de direito da propriedade intelectual

- Que formas de relação entre o direito consuetudinário e o direito da propriedade intelectual se encontram na prática? Que modelos podem ser explorados?
- Que lições podem ser retiradas do reconhecimento do direito consuetudinário em relação a outras áreas (possivelmente relacionadas) do direito, tais como o direito da família, o direito das sucessões, o direito da estrutura agrária e recursos naturais, o direito constitucional, os direitos humanos, bem como o direito penal, assim como a resolução de conflitos em geral?
- Que experiências têm sido relatadas a respeito da função do direito consuetudinário relativamente aos bens incorpóreos e aos direitos e obrigações relacionados com os conhecimentos tradicionais?
- Que função foi reconhecida para o direito consuetudinário em leis *sui generis* existentes e propostas para a proteção dos conhecimentos tradicionais?
- Para os detentores de conhecimentos tradicionais, qual é a função ou quais são as funções preferidas das leis e protocolos consuetudinários?

- Como base do desenvolvimento sustentável local, da identidade comunitária fortalecida, e da promoção da diversidade cultural?
- Como uma fonte distinta do direito, juridicamente vinculante por si própria – para os membros da comunidade original e para pessoas fora do círculo comunitário, inclusive em jurisdições estrangeiras?
- Como um meio para orientar factualmente a interpretação das leis e princípios que se aplicam para além do alcance tradicional das leis e protocolos consuetudinários?
- Como um componente de formas culturalmente apropriadas de resolução alternativa de conflitos?
- Como condição de acesso aos conhecimentos tradicionais?
- Como base de direitos de utilização continuada, reconhecidos como exceções ou limitações de quaisquer outros direitos concedidos relativamente a conhecimentos tradicionais ou a matéria com eles relacionada ou deles derivada?

Outras leituras

WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999), www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf.
Relatório da OMPI sobre missões de averiguação em matéria de propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais (1998-1999).

Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions: An Overview (WIPO Publication No. 933), www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/933/wipo_pub_933.pdf.

A propriedade intelectual e os recursos genéticos, os conhecimentos tradicionais e as expressões culturais tradicionais: um resumo (Publicação da OMPI No. 933).

Uma série de notas informativas preparadas pela OMPI, www.wipo.int/tk/en/resources/publications.html.

Customary Law, Traditional Knowledge and Intellectual Property: An Outline of the Issues, WIPO Secretariat, 2013, www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/overview_customary_law.pdf.

Direito consuetudinário, conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual: um esboço da questão. Secretaria da OMPI, 2013.

The Role of Customary Law in Access and Benefit-Sharing and Traditional Knowledge Governance: Perspectives from Andean and Pacific Island Countries, jointly produced by UNU and WIPO, Dr. Brendan Tobin, 2008, www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/customary_law_abs_tk.pdf.

A função do direito consuetudinário no acesso, na partilha de benefícios e na governança dos conhecimentos tradicionais: perspectivas dos Países Andinos e das Ilhas do Pacífico; produzido conjuntamente pela UNU, pela OMPI e pelo Dr Brendan Tobin, 2008.

WIPO study on customary law in the Andean region, Rodrigo de la Cruz, 2006, www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/study_cruz.pdf.

Estudo da OMPI sobre o direito consuetudinário na Região Andina, Rodrigo de la Cruz, 2006.

Database of legislative texts on the protection of traditional knowledge and traditional cultural expressions and legislative texts relevant to genetic resources, www.wipo.int/tk/en/legal_texts/.

Base de dados de textos legislativos sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões culturais tradicionais, bem como textos legislativos relacionados com os recursos genéticos.

The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC), www.wipo.int/tk/en/igc/index.html.

A Comissão Intergovernamental da OMPI sobre a Propriedade Intelectual e os Recursos Genéticos, os Conhecimentos Tradicionais e o Folclore (IGC).

Organização Mundial da Propriedade Intelectual
34, chemin des Colombettes
Caixa postal 18
CH-1211 Genebra 20
Suíça

Tel: +4122 338 91 11
Fax: +4122 733 54 28

Para obter informações sobre a forma de contactar os Escritórios Exteriores da OMPI visite: www.wipo.int/about-wipo/en/offices/

© OMPI, 2016



Paternidade 3.0 IGO
(CC BY 3.0 IGO)

A licença CC não se aplica ao conteúdo da presente publicação, que não pertence à OMPI.

Arte da capa extraída de “Munupi Mural” por Susan Wanji Wanji/© Susan Wanji Wanji, Munupi Arts and Crafts