

modo a obter uma tutela efetiva contra ameaças ou violações desses direitos (artigo 20.º, n.ºs 1 e 5, da CRP), constituindo o artigo 268.º, n.º 4, a concretização destes direitos no plano da jurisdição administrativa, ao estabelecer a garantia aos administrados de uma tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas.

Em qualquer caso, não se vislumbra de que modo a interpretação normativa questionada — quanto aos efeitos duradouros da interrupção da prescrição das dívidas tributárias, considerando-se que o prazo prescricional apenas se reinicia após o termo do processo de execução fiscal — possa ofender os direitos em causa

Sendo o instituto da prescrição especificamente determinado por princípios e valores objetivos de segurança e certeza jurídicas, certo é que o âmbito de proteção dos direitos de acesso ao direito e aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva não compreende um direito à prescrição das dívidas fiscais, enquanto alegado direito dos contribuintes, pelo que não ocorre a violação daqueles direitos.

Aliás, a impugnada interpretação normativa que faz coincidir o termo da interrupção da prescrição (seja qual for o facto interruptivo que lhe dá origem) com o trânsito em julgado da decisão que põe termo ao processo jurisdicional em causa tem sido aceite pela jurisprudência constitucional. Assim, o Acórdão n.º 6/2014:

«[...] o mecanismo de interrupção do prazo de prescrição que consta do n.º 1 do artigo 49.º desde a sua versão originária, implicava já a possibilidade de o prazo interrompido pela interposição de algum dos meios processuais aí previstos não se reiniciar antes do trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo, por ser um dos efeitos normais da interrupção (artigo 327.º, n.º 1, do Código Civil). [...]

A especificidade que o n.º 1 do artigo 49.º introduziu, nesse plano, foi apenas quanto à natureza do ato que é suscetível de provocar o efeito interruptivo, que foi aí caracterizado como correspondendo a qualquer dos atos processuais ou procedimentais que permitam discutir a legalidade do ato de liquidação do imposto. A referência feita, na redação introduzida pela Lei n.º 100/99, à citação apenas pretendeu aditar a qualquer das situações em que o impulso processual ou procedimental pertence ao particular, aquelas outras em que a iniciativa é da própria Administração Tributária, pretendendo-se abarcar, desse modo, o caso em que seja instaurada execução fiscal contra o sujeito passivo do imposto.

Ao permitir que a interrupção ocorresse por efeito de reclamação, recurso, hierárquico, impugnação ou pedido de revisão oficiosa, o legislador pretendeu que qualquer desses atos desencadeasse os efeitos jurídicos que resultam da lei geral, incluindo quanto ao prolongamento da interrupção até ao julgamento da causa.»

**21.3** — Deste modo, a invocação da ofensa aos direitos de acesso ao direito e aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva afigura-se infundada, pelo que também aqui não se pode acompanhar o juízo de desconformidade constitucional sustentado pela recorrente.

**22** — Assim sendo, e em face de tudo quanto fica exposto, não se afigura procedente a invocação, feita nestes autos, da inconstitucionalidade da interpretação normativa do artigo 49.º, números 1 e 2, da LGT, segundo a qual a *apresentação de impugnação judicial protela o início do prazo de prescrição para o momento em que a impugnação judicial transitar em julgado, e de que a subsequente pendência de processo de execução fiscal, por sua vez, protela ainda mais o início do prazo de prescrição, para o momento em que o processo de execução fiscal terminar, quando tenha sido neste processo de execução fiscal que se verificou o facto com efeito interruptivo da prescrição que ainda perdura*, termos em que se conclui não proceder o presente recurso de constitucionalidade.

### III — Decisão

**23** — Pelos fundamentos expostos, o Tribunal decide:

a) Não conhecer do objeto do recurso na parte em que é requerida a fiscalização da constitucionalidade da interpretação conferida ao disposto no artigo 49.º, n.º 3, da Lei Geral Tributária, na versão anterior à da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de dezembro;

b) Não julgar inconstitucionais as normas constantes do artigo 49.º, números 1 e 2 da lei geral tributária (na redação anterior à da Lei n.º 53-A/2006, de 29/12), «na interpretação segundo a qual a apresentação de impugnação judicial protela o início do prazo de prescrição para o momento em que a impugnação judicial transitar em julgado, e de que a subsequente pendência de processo de execução fiscal, por sua vez, protela ainda mais o início do prazo de prescrição, para o momento em que o processo de execução fiscal terminar, quando tenha sido neste

processo de execução fiscal que se verificou o facto com efeito interruptivo da prescrição que ainda perdura»; e, consequentemente,

c) Não conceder provimento ao recurso, fixando-se a taxa de justiça em vinte e cinco (25) unidades de conta nos termos do disposto nos artigos 6.º, n.º 1, e 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2015. — *Maria José Rangel de Mesquita — Lino Rodrigues Ribeiro — Carlos Fernandes Cadilha — Catarina Sarmiento e Castro — Maria Lúcia Amaral.*

208759425

## Acórdão n.º 123/2015

### Processo n.º 763/13

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional:

#### I — Relatório

1 — Nos presentes autos, vindos do Tribunal da Relação de Lisboa, em que são recorrentes Bayer Pharma Aktiengesellschaft, Bayer Portugal, S. A., BERLEX — Especialidades Farmacêuticas, L.ª e LUSAL — Produção Químico-Farmacêutica Luso-Alemã, L.ª e recorrida Sandoz Farmacêutica, L.ª, as primeiras vêm interpor recurso, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, na sua atual versão (LTC), do Acórdão proferido por aquele Tribunal, em 11/07/2013 (cf. fls. 1085-1100).

2 — O acórdão recorrido negou provimento ao recurso de apelação interposto pelas ora recorrentes da sentença do Tribunal da Propriedade Intelectual de Lisboa emitida em 24/04/2013 nos autos de providência cautelar (Processo n.º 117/13.1YHLSB.L.1) intentada pelas recorrentes contra a ora recorrida com vista, entre outras coisas, à sua condenação a não fabricar, oferecer, armazenar, possuir ou introduzir no mercado, em Portugal, os medicamentos genéricos contendo determinada substância ativa obtida através dos processos reivindicados em duas patentes europeias até à data da sua caducidade ou até à data do trânsito em julgado da decisão da ação principal, bem como a não promover ou divulgar os medicamentos genéricos contendo a substância ativa em causa obtida através dos processos patenteados e ainda a não vender ou ceder a terceiros as respetivas autorizações de introdução no mercado (cf. requerimento de providência cautelar, fls. 48-49). O Tribunal da Propriedade Intelectual de Lisboa havia absolvido a requerida da instância com fundamento na verificação da exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral necessário (cf. sentença de fls. 992-995).

3 — Nos termos do requerimento de interposição de recurso (de fls. 1105-1117 e 1121-1133), é pedida a fiscalização da constitucionalidade das normas contidas nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, invocando-se a violação das normas e princípios consagrados nos artigos 13.º, 17.º, 18.º, 20.º, números 1, 4 e 5, 204.º e 268.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa.

4 — É este o teor do requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade:

«Bayer Pharma Aktiengesellschaft, Bayer Portugal S. A., BERLEX — Especialidades Farmacêuticas, L.ª e LUSAL — Produção Químico-Farmacêutica Luso-Alemã, L.ª, Recorrentes nos autos à margem devidamente identificados;

I — Vêm, interpor recurso para o venerando tribunal constitucional, ao abrigo das disposições contidas nos artigos 70.º n.º 1, b), 72.º n.º 1, b) e 75.º-A, todos da Lei do Tribunal Constitucional, bem como do artigo 280.º, n.º 1, alínea b) da Constituição da República Portuguesa (CRP).

#### II — Observam

1.º Conforme as Recorrentes já aludiram quer no seu Requerimento Inicial de Providência Cautelar (itens n.ºs 1 a 36 aqui dados por integralmente reproduzidos para todos os devidos efeitos legais), quer na Resposta à Oposição da Requerida (itens n.ºs 5 a 10.º, aqui dados por integralmente reproduzidos);

2.º Quer ainda na motivação e conclusões de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, nas alíneas a), e d) a mm), foi expressamente suscitada a constitucionalidade dos normativos legais artigos 2 e 3.º da Lei n.º 62/2011 de 12 de dezembro, se interpretados no sentido do titular de direito de propriedade industrial apenas poder recorrer à Arbitragem Necessária, precludindo definitivamente o recurso direto ao Tribunal Judicial, mesmo no que se refere a Providência Cautelar;

3.º E ainda se tais normas forem interpretadas no sentido de que o titular de direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de Autorização de Introdução no Mercado (doravante AIM) ou de pedido de AIM, para lá do prazo de trinta dias, neste caso, a contar da publicação pelo INFARMED, referida no artigo 9.º, n.º 3 da Lei n.º 62/2011.

4.º Sobre a alegação de inconstitucionalidade, pronunciou-se expressamente o Tribunal da Propriedade Intelectual, nos termos que infra se transcrevem:

‘Daqui decorre, no que ora releva, que o Tribunal competente para julgar procedimentos cautelares em que esteja em causa a violação de patente por medicamento genérico é o Tribunal Arbitral.

Esta norma, ao contrário do que é invocado pelas requerentes, naturalmente que não é inconstitucional por violação do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa, nem viola qualquer norma internacional, pois não afasta a possibilidade de aquela parte ter acesso a um processo equitativo e justo que decida se o seu direito foi ou não violado. O Tribunal Arbitral é um tribunal, podendo-se, inclusive, recorrer das suas decisões para o Tribunal da Relação competente — cf. artigo 3.º, n.º 7, da citada Lei n.º 62/2011.

Por seu turno, a autoridade portuguesa com competência para emitir a AIM, elemento necessário para que um medicamento possa licitamente ser introduzido e comercializado no mercado, é o INFARMED, I. P. que, nos termos do disposto no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na redação conferida pela citada lei, publicita, na sua página eletrónica, todos os pedidos de autorização e de introdução no mercado de medicamentos genéricos, indicando o nome do requerente da AIM, a data do pedido, a substância, dosagem e forma farmacêutica do medicamento e medicamento de referência.

Donde, as requerentes tiveram a possibilidade de ter conhecimento da alegada violação da sua patente em tempo útil para reagir.

O artigo 20.º, n.º 1 da CRP garante, a todos, o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

Como tem vindo a ser preconizado, o artigo 268.º, n.ºs 4 e 5 da CRP é uma manifestação do princípio da tutela jurisdicional efetiva do artigo 20.º, n.º 1, devendo por conseguinte ser à luz deste interpretado.

O alcance do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, não pode ser entendido como consagrando, apenas, que todos tenham fisicamente direito de aceder a um tribunal. O seu alcance vai para lá disso.

[...] Refira-se ainda que não se vislumbra de que forma os prazos previstos na citada lei para ter lugar o procedimento violam o direito da requerente. Na realidade, os Tribunais Arbitrais, em regra, proferem decisões em prazos mais curtos do que os Tribunais Cíveis, dada a pendência processual existente nestes.’

5.º Na sequência deste Decisório, foi interposto recurso para o Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, uma vez mais suscitando-se a questão da inconstitucionalidade.

6.º Permita-se, por deveras pertinente, transcrever as referidas conclusões do recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, onde a questão da constitucionalidade é expressamente suscitada:

a) Em primeiro lugar, sempre salvaguardando o devido respeito pelo Ilustre Magistrado, signatário da Decisão ora do Tribunal a quo, desde já se indicam as normas jurídicas violadas: artigos 13.º, 17.º, 18.º, 20.º, n.ºs 1 e 5, 42.º, n.º 2, 204.º e 268.º, n.º 4, todos da Constituição da República Portuguesa, bem como o artigo 89.º-A, aditado pela Lei n.º 46/2011, que introduz alterações na Lei n.º 3/99 e ainda a norma do artigo 29.º da Lei n.º 63/2011, rol que não se pretende exaustivo; [...]

d) A competência material do Tribunal da Propriedade Intelectual funda-se no facto de os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011 serem materialmente inconstitucionais, se interpretados no sentido do titular de direito de propriedade industrial apenas poder recorrer à Arbitragem Necessária, no prazo de trinta dias a contar da publicação referida no Estatuto do Medicamento, precludindo definitivamente o recurso direto ao Tribunal Judicial;

e) Se não assim não se entender, pelo menos, deve às Requerentes ser garantido o acesso ao Tribunal Judicial para decretamento de providência, nos termos do artigo 29.º da Lei n.º 63/2011, doravante abreviada por LAV.

f) A Sentença em causa entendeu considerar que o artigo 2.º da Lei n.º 62/2011 não é inconstitucional, já que não viola o direito de acesso aos tribunais, nem viola qualquer norma internacional.

g) Ora, a Constituição da República Portuguesa demanda do Estado no n.º 5 do artigo 20.º CRP que a lei assegure aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade de modo a obter a tutela efetiva e em tempo útil.

h) Tanto assim reconheceu o legislador, que consagrou na lei ordinária idêntico entendimento, como o Código da Propriedade Industrial (artigo 338.º-I), como o CPC (artigo 2.º, n.º 2) ou outros diplomas reconhecem a obrigação do Estado em tutelar cautelarmente o efeito útil de uma pretensão a reclamar em ação judicial.

i) Portugal é ainda parte contraente de diversos Tratados Internacionais, de acordo com os quais se obriga a consagrar na lei mecanismos judiciais de tutela contra a violação de direitos de propriedade industrial, como sejam os previstos na Convenção sobre a Patente Europeia, o Acordo Internacional TRIPS e do facto de Portugal ser membro da União Europeia (e toda as fontes de normas e normas emanadas pelos vários órgãos desta), normas supra identificadas e citadas.

j) De acordo com as normas do nosso Direito Fundamental e do Direito Internacional, justifica-se a consideração como inconstitucional do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, interpretado no sentido de precluir o recurso direto ao Tribunal Judicial.

k) Sempre salvaguardando o devido respeito pelo entendimento do Tribunal a quo, merece reparo a consideração de que as Requerentes puderam reagir no prazo de trinta dias, após conhecimento da informação publicada no sítio virtual do INFARMED.

l) As informações, per si, são insuficientes para aquilatar da infração ou não de direitos da propriedade industrial, pois o nome de requerente de uma AIM, data do pedido, substância ativa, dosagem e forma farmacêutica não permitem aos titulares de direitos de propriedade industrial, quando estes direitos sejam relativos a patentes de processo, saber se o seu direito está ou não a ser infringido. É sempre necessário saber o processo utilizado na fabricação do Medicamento Genérico em causa.

m) Este conhecimento do processo utilizado no Medicamento Genérico está legalmente vedado, nos termos do artigo 188.º, n.º 3 do Estatuto do Medicamento, na redação introduzida pela Lei n.º 62/2011.

n) Este acesso insuficiente não permite aos titulares de direitos de propriedade industrial aferir da existência ou não de infração aos seus direitos.

o) Como resulta da alegação factual do Requerimento Inicial, só com o acesso aos documentos aí juntos, que contém inclusivamente declarações proferidas em jurisdições estrangeiras e posterior análise de todos esses dados, foi possível às Requerentes construir a sua convicção de que os seus direitos estão a ser infringidos.

p) Aliás, a tese relativa à infração abarca duas formas possíveis de processos utilizados pela Requerida e só a oposição revelou qual dos processos a Requerida utiliza.

q) O ónus da prova neste caso pertence às Requerentes, facto absolutamente olvidado pelo Tribunal a quo, pelo que só após existir um grau seguro de convicção, quanto à infração, àquelas foi possível intentar procedimento cautelar.

r) Só com o decurso do tempo e reunião dos elementos fácticos e documentais, identificados no requerimento inicial da providência, foi possível às Requerentes reagirem à entrada no mercado do medicamento genérico da Requerida, rejeitando-se assim a argumentação da sentença, quando refere que as Requerentes poderiam ter reagido nos trinta dias.

s) Um direito de patente vigora durante vinte anos [artigo 99.º do Código da Propriedade Industrial (CPI) ou artigo 63.º da Convenção da Patente Europeia (CPE)], não podendo ser restringido, por absurdo, a trinta dias.

t) Esta Lei n.º 62/2011, que institui a arbitragem necessária, refere, no artigo 3.º, n.º 8 que tudo o que aí não se encontrar expressamente previsto fica sujeito ao regime geral da arbitragem voluntária (consagrado na Lei n.º 63/2011, que entrou em vigor no dia 14 de março de 2012), ao mesmo tempo que nesta lei de arbitragem voluntária não existe qualquer mecanismo de reação imediata perante a ameaça ou efetiva violação de direitos de propriedade industrial.

u) Mesmo que se admitisse a possibilidade de um Tribunal Arbitral decretar providência cautelar, tal possibilidade só ocorreria após a constituição de tal Tribunal.

v) A Jurisprudência nacional sempre entendeu que cabia aos Tribunais Judiciais decidir do decretamento de providências cautelares, mesmo em matérias sujeitas a arbitragem necessária, como é o caso das expropriações por utilidade pública.

w) Este entendimento assenta em duas ordens de razão: (1) a necessidade de existir uma resposta célere à necessidade de evitar e/ou cessar uma violação de um direito e ainda acautelar o efeito útil da ação principal; (2) o facto das providências cautelares terem de ser cumpridas e executadas, imediatamente, exige que estas corram em Tribunais Judiciais, dotados de *ius imperi*.

x) Ora, a LAV, Lei n.º 63/2011, não ultrapassa nenhuma destas questões, mantendo-se a morosidade e dificuldade em constituir o Tribunal Arbitral, no caso de arbitragens não institucionalizadas, como de resto seria o caso da presente. A LAV não acautela igualmente a questão dos Tribunais Arbitrais terem de usar de verdadeiros poderes de *ius imperi* para executarem decisões cautelares.

y) Apenas o Estado oferece esta resposta, precisamente porque o Tribunal preexiste o conflito, o mesmo não sucedendo na arbitragem necessária não institucionalizada, a qual destarte obsta, fatalmente, ao recurso atempado aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva.

z) Daí que o regime instituído pela Lei n.º 62/2011 seja ilegal, violando o direito de acesso aos Tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva e acatador do efeito útil da decisão final a proferir, não garantindo procedimentos justos e equitativos, que não sejam demasiadamente onerosos, nem que comportem prazos ou atrasos irrazoáveis.

aa) Os custos não podem ser antecipados no caso da ação arbitral, já que só depois da constituição do Tribunal Arbitral é que os mesmos são definidos, custos estes avultados e bastante superiores às despesas relativas a custas judiciais. Desta guisa, mostra-se igualmente comprometido o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP.

bb) Anotar-se que a 1.ª Requerente é titular de um direito de propriedade de exploração exclusiva de um invento, ao abrigo do artigo 62.º, n.º 1 da CRP, direito de natureza análoga aos direitos fundamentais como foi já considerado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional.

cc) A sujeição à arbitragem necessária, nos termos previstos da Lei n.º 62/2011, no referido prazo de trinta dias, constitui uma restrição ao direito de acesso à justiça e aos Tribunais, atingindo o núcleo de tal direito.

dd) Assim, esta restrição acaba por atingir o alcance do conteúdo do direito fundamental de exploração exclusiva de patente, circunscrevendo a um período de trinta dias a existência de um direito que vigora durante vinte anos. Tal restrição não se limita ao necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

ee) Estão somente em causa os interesses do titular de direitos de propriedade industrial e o titular de AIM's que infringem tais direitos, pelo que as leis restritivas devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e princípio da proibição do excesso, bem como ao princípio da necessidade e princípio da adequação.

ff) A presente Lei n.º 62/2011 não cumpre tais requisitos, porquanto esta restrição a um período tão curto para reação do titular dos direitos de propriedade industrial é manifestamente excessiva (o direito em causa vigora durante vinte anos), não se revela imperioso nem apto para obviar ao problema das elevadas pendências nos Tribunais Administrativos, já que deve ser o próprio Estado a criar mecanismos de tutela judicial para dirimir conflitos privados e não delegar nos próprios particulares e em instâncias privadas (como os Tribunais Arbitrais) tal tarefa nuclear das Funções do Estado.

gg) Acresce ainda um outro argumento, incluído no direito de acesso aos Tribunais, mas aqui no plano do direito ao recurso.

hh) Este 'direito ao recurso' resulta como uma concretização do direito de acesso aos Tribunais e está legalmente limitado a determinadas matérias, que o legislador entendeu, na maioria dos casos, fazer depender do valor de processo.

ii) A lei reconhece o direito a esse recurso para o Tribunal de Segunda Instância [por exemplo, artigo 338.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2 do CPC], o mesmo não acontecendo nos processos de arbitragem necessária instituída pela Lei n.º 62/2011, porquanto o único recurso possível é o recurso da Decisão Final, da decisão a proferir no âmbito da ação principal arbitral.

jj) Esta limitação atenta, uma vez mais, o alcance do artigo 20.º da Constituição da República e que ajuda a reforçar o entendimento do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011 como inconstitucional, se interpretado no sentido de precluir o recurso ao tribunal judicial.

kk) Desta forma, conforme já pugnado em primeira instância, e caso o Tribunal entenda poder aplicar os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, deverá ser declarada a inconstitucionalidade de tais normas se interpretadas no sentido do titular de direito de propriedade industrial apenas poder recorrer à Arbitragem Necessária, precluindo definitivamente o recurso direto ao Tribunal Judicial.

ll) Mais se declarando, conforme já pugnado em primeira instância, a inconstitucionalidade de tais normas se interpretadas no sentido de que o titular de direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de pedido/concessão de AIM, para lá do prazo de trinta dias, neste caso a contar da publicação do INFARMED, referida no artigo 9.º, n.º 3 da Lei n.º 62/2011.

mm) Itera-se que estas questões de inconstitucionalidade são renovada e expressamente suscitadas nesta peça, nos termos e para os efeitos do artigo 75.º-A, n.º 2 da Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82).

7.º O Tribunal da Relação de Lisboa apreciou expressamente a questão, tendo proferido sobre a mesma o seguinte juízo:

‘Alegam as recorrentes que as normas constantes dos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011 são materialmente inconstitucionais se interpretadas no sentido do titular do direito de propriedade industrial apenas poder recorrer à arbitragem necessária, no prazo de trinta dias a contar da publicação referida no Estatuto do Medicamento, precluindo definitivamente o recurso direto ao Tribunal Judicial, não sendo a

celeridade reclamada contra a violação das patentes compatível com a morosidade do procedimento no Tribunal Arbitral.

[...]

Daqui decorre que os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011 não são inconstitucionais, não violando o acesso ao direito e aos tribunais, consagrado no artigo 20.º, n.º 1 da CRP que garante a todos, o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, nem o artigo 268.º, n.º 4 da CRP, que é uma manifestação do princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrada no artigo 20.º, n.º 1...’

8.º Ora, salvo o merecido respeito por este douto entendimento, as Recorrentes mantêm as suas considerações anteriores, isto é, que os referidos normativos (artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011) são materialmente inconstitucionais, violando os artigos 13.º, 17.º, 18.º, 20.º, n.ºs 1, 4 e 5, 42.º, n.º 2, 204.º e 268.º, n.º 4, todos da Constituição da República Portuguesa.

9.º Na verdade, da aplicação dos referidos normativos da Lei n.º 62/2011 de 12 de dezembro, resulta violação do direito de acesso ao Direito e aos tribunais, na medida em que não se permite, em tempo útil, agir contra as ameaças e violações do direito fundamental que resulta do direito de propriedade de exploração exclusiva de invenção.

10.º A vigência no tempo de um direito de patente é manifestamente superior a um prazo de trinta dias, tendo a mesma a duração de vinte anos [artigo 99.º do Código da Propriedade Industrial (CPI) ou artigo 63.º da Convenção da Patente Europeia (CPE)].

11.º Esta Lei n.º 62/2011, que institui a arbitragem necessária, refere, no artigo 3.º, n.º 8 que tudo o que aí não se encontrar expressamente previsto fica sujeito ao regime geral da arbitragem voluntária (consagrado na Lei n.º 63/2011, que entrou em vigor no dia 14 de março de 2012).

12.º Nesta lei de arbitragem voluntária (doravante LAV) não existe qualquer mecanismo de reação imediata perante a ameaça ou efetiva violação de direitos de propriedade industrial.

13.º A entender-se serem apenas os Tribunais arbitrais os competentes, então as providências cautelares ou ordens preliminares só podem ser ordenadas após a sua constituição.

14.º A nova LAV não resolve o problema da morosidade desde logo da própria constituição do Tribunal Arbitral.

15.º Esta discriminação, no setor em causa, operada pela Lei n.º 62/2011 não encontra paralelo algum noutras áreas, daí que se lhe assaque outrossim a violação do princípio da igualdade, já que não se justifica esta discriminação no acesso ao Tribunal Judicial.

16.º O artigo 35.º, n.º 1 do Código de Propriedade Industrial (CPI) é claro ao estabelecer a competência exclusiva dos tribunais judiciais para decretamento da nulidade de uma patente;

17.º Pelo que da aplicação do princípio da igualdade, fazendo o referido confronto, não se justifica que pleitos em que se invoquem direitos de propriedade industrial, aos quais pode ser contraposta uma exceção de falta de novidade ou atividade inventiva (afinal alguns dos pressupostos bastantes para a declaração de nulidade) sejam objeto de decisão em Tribunal Arbitral.

18.º Ao fim e ao cabo, podemos ter um Tribunal Arbitral a pronunciar-se sobre um ato administrativo de concessão de uma patente, o que viola as mais elementares regras de ordem jurisdicional e de competência material e do próprio Estado de Direito.

19.º Igualmente prejudicado está o direito ao recurso, concatenado com o entendimento que subsiste ao direito processual civil em matéria de recursos, uma vez que, nos procedimentos arbitrais, é vedado às partes recorrer de decisão cautelar, apenas o podendo fazer com a decisão final.

20.º Ora, o CPC permite, nos termos, por exemplo, do artigo 691.º, n.º 2, alíneas a) a g) e i) a n) o recurso de decisões interlocutórias, entre as quais está, naturalmente a decisão relativa a procedimento cautelar, recurso que sobe de imediato e em separado.

21.º Pelo que, subsiste manifesta ofensa do teor dos artigos e princípios da Constituição da República Portuguesa, acima identificados, entre outros.

III — Epítome sinóptico:

Extraem-se as seguintes nótulas conclusivas:

a) A questão da inconstitucionalidade foi já suscitada no Requerimento Inicial da providência cautelar (itens n.ºs 1 a 36 aqui dados por integralmente reproduzidos para todos os devidos efeitos legais), na Resposta à Oposição da Requerida (itens n.ºs 5 a 10.º, aqui dados por integralmente reproduzidos) e ainda no Recurso de Apelação para o Venerando Tribunal da Relação de Lisboa [vide alíneas a) e d) a mm) das conclusões];

b) Reiteram-se as conclusões ali apresentadas, mormente quanto à violação dos artigos 13.º, 17.º, 18.º, 20.º, n.ºs 1, 4 e 5, 42.º, n.º 2, 204.º

e 268.º, n.º 4, todos da Constituição da República Portuguesa, aí se incluindo o Princípio do Estado de Direito, Princípio da igualdade, Princípio de acesso ao direito e aos Tribunais, Princípio de proteção dos direitos fundamentais, entre outros;

c) Discorda-se, nos termos já expostos, do erróneo juízo quanto à conformidade constitucional dos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011 de 12 de dezembro, com a argumentação supra expandida, inclusive em sede de peças processuais anteriores;

d) Salvo mais douto entendimento, encontram-se verificados os pressupostos de que depende a admissão do recurso perante o Tribunal Constitucional, nomeadamente a aplicação, nos autos em causa, de norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo [artigo 70.º, n.º 1, alínea a) da LTC e peças processuais supra identificadas], encontra-se esgotada a possibilidade de recurso ordinário [artigo 387.º-A do CPC e artigo 678.º, n.º 2, alínea a), já que aqui em causa está a questão da ordem jurisdicional e não de competência material], o recurso é legítimo [artigo 72.º, n.º 1, alínea b) da LTC], tempestivo (artigo 75.º, n.º 1 da LTC) e próprio (artigo 75.º-A, n.ºs 1 e 2 da LTC).

e) Neste consentâneo, requer-se, que o processo prossiga os seus trâmites, e se dê sequência ao pedido de recurso para o Tribunal Constitucional;

f) E, sempre, com o Douto Suprimento de VV. Ex.<sup>as</sup>, no salutar uso do poder-dever de, oficiosamente, suprimirem as eventuais omissões das Recorrentes.

Assim se fazendo melhor justiça!»

5 — Notificadas as recorrentes para, querendo, proceder ao aperfeiçoamento do requerimento de interposição de recurso, designadamente quanto ao tipo de recurso interposto, às normas (interpretações normativas) impugnadas e à identificação da decisão recorrida (cf. fls. 1148), vieram responder ao convite de aperfeiçoamento nos seguintes termos (fls. 1150-1152):

«1.º O presente recurso é interposto ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, mais explicando que a indicação em III d) do seu recurso da alínea a) se deveu a mero lapso de escrita, retificável a todo o tempo, nos termos do artigo 249.º do CC;

2.º Lapso que resulta revelado quer pela indicação que se faz em I. quer ainda por todo o contexto dos articulados que foram sendo carreados para os autos, já que se tratou da aplicação de norma pelos Tribunais de 1.ª e 2.ª Instâncias, que a aqui Respondente reputou de inconstitucionais, no sentido especificamente alegado.

3.º As Recorrentes confirmam ainda que pretendem submeter à douta apreciação deste Tribunal Constitucional ambas as interpretações, que podem resultar das normas plasmadas nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011.

4.º A este título, explicita-se que a primeira das interpretações normativas se refere à possibilidade de resultar da norma prevista no artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, segundo a qual o titular de direito de propriedade industrial apenas poder recorrer à Arbitragem Necessária, precludindo definitivamente o recurso direto ao Tribunal Judicial, mesmo no que se refere a Providência Cautelar, o que se revela inconstitucional, nos fundamentos já oportunamente referidos e que mais detalhadamente se desenvolverá em sede de alegações, caso este recurso seja admitido.

5.º A segunda das interpretações refere-se ao sentido de que o titular de direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de Autorização de Introdução no Mercado (doravante AIM) ou de pedido de AIM, para lá do prazo de trinta dias, a contar da publicação pelo INFARMED, referida no artigo 9.º, n.º 3 da Lei n.º 62/2011;

6.º Neste caso específico, concatenando-se os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, já que o prazo fixado no artigo 3.º se refere ao procedimento obrigatório mencionado no artigo 2.º de tal lei.

Assim, expressamente se confirma que se submete à apreciação deste Venerando Tribunal a inconstitucionalidade das duas referidas interpretações, sendo no caso da segunda, por interpretação concatenada dos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, tudo isto, sem prejuízo dos poderes oficiosos deste Tribunal.

Por fim esclarece-se que a Decisão aqui recorrida é o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/07/2013.

Termos em que, prestados adrede os esclarecimentos, deverá o presente recurso ser admitido e ordenada a apresentação de alegações de recurso.»

6 — Tendo o recurso de constitucionalidade sido admitido pelo Tribunal *a quo* (cf. fls. 1140) e prosseguido neste Tribunal (cf. fls. 1153-1154), foram as partes notificadas para produzir alegações, bem como para se pronunciarem sobre a possibilidade de não conhecimento do objeto do recurso quanto à alegada interpretação normativa «no sentido de

que o titular de direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de Autorização de Introdução de Mercado (doravante AIM) ou de pedido de AIM, para lá do prazo de trinta dias, a contar da publicação pelo INFARMED, referida no artigo 9.º, n.º 3 da Lei n.º 62/2011 [...] concatenando-se os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011», apenas as recorrentes alegaram (fls. 1156-1187), concluindo:

«III — Epítome sinóptico:

Extraem-se as seguintes nótulas conclusivas:

a) A questão da inconstitucionalidade foi já suscitada no requerimento inicial de Providência Cautelar e nas alegações de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.

b) Assim, entende-se que os normativos legais artigos 2 e 3.º da Lei n.º 62/2011 de 12 de dezembro, se interpretados no sentido do titular de direito de propriedade industrial apenas poder recorrer à Arbitragem Necessária, precludindo definitivamente o recurso direto ao Tribunal Judicial, mesmo no que se refere a Providência Cautelar, são inconstitucionais.

c) Mais, se tais normas forem interpretadas no sentido de que o titular de direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de Autorização de Introdução no Mercado (doravante AIM) ou de pedido de AIM, para lá do prazo de trinta dias, neste caso, a contar da publicação pelo INFARMED, referida no artigo 9.º, n.º 3 da Lei n.º 62/2011, em tribunal judicial ou arbitral, tais normas são inconstitucionais.

d) A fundamentação para este entendimento estriba-se na violação dos seguintes princípios fundamentais de direito:

Violação do direito de acesso aos tribunais;  
Violação do direito a uma tutela jurisdicional efetiva;  
Violação do direito ao efeito útil da decisão final;  
Princípio da igualdade (custas da arbitragem *versus* processo judicial);

Princípio proporcionalidade e princípio da proibição do excesso (limitação da vigência de um direito de patente a trinta dias);

Princípio necessidade e adequação (limitação da vigência de um direito de patente a trinta dias);

Direito ao recurso da decisão da providência cautelar (como incluído no direito de acesso à justiça).

e) Na verdade, às Recorrentes, mantendo-se o entendimento que tem feito vencimento nas instâncias anteriores, não existe na Lei vigente em Portugal um mecanismo que possa tutelar provisoriamente a pretensão das mesmas.

f) Mais, em trinta dias, não são os elementos compostos pelo nome de um requerente de uma Autorização de introdução no Mercado (AIM), a data do pedido, a substância ativa, dosagem e forma farmacêutica que podem permitir aos titulares de direitos de propriedade industrial, quando estes direitos sejam relativos a patentes de processo, saber se o seu direito está ou não a ser infringido.

g) Este conhecimento do processo utilizado no Medicamento Genérico está legalmente vedado, nos termos do artigo 188.º, n.º 3 do Estatuto do Medicamento, na redação introduzida pela Lei n.º 62/2011, sem prejuízo do apelo à abertura possibilitada pelo Acórdão deste Alto Dicastério que declarou a inconstitucionalidade do n.º 5 do artigo 188.º do Decreto-Lei n.º 176/2006 (redação dada pela Lei n.º 62/2011). No entanto, não serão em trinta dias que se analisará com a devida ponderação se há ou não infração.

h) Mais, o ónus da prova, na ação aqui em causa, conforme relação material controvertida resultante da configuração feita pelas Recorrentes, recai sobre estas, na medida em que a patente invocada pelas mesmas é uma patente de processo de substância já conhecida.

i) É a própria lei processual civil quem penaliza os Requerentes de providências cautelares infundadas, condenando-os no pagamento de todos os prejuízos: artigo 374.º, n.º 1 do NCPC.

j) Não pode assim colher a argumentação da sentença ou do Acórdão, quando referem que as Recorrentes poderiam ter reagido nos trinta dias.

k) Com imperiosa relevância, para a questão em apreço, remete-se para o Douto Parecer do Prof. Dr. Dário Moura Vicente, publicado na Revista da Ordem dos Advogados, bem como para o supra citado excerto do Parecer da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA), dos quais resulta claramente o entendimento segundo o qual os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011 são inconstitucionais se interpretados no sentido de não ser possível o recurso à via judicial, no âmbito dos litígios aqui em causa.

l) A vigência no tempo de um direito de patente é manifestamente superior a um prazo de trinta dias, tendo a duração de vinte anos [artigo 99.º do Código da Propriedade Industrial (CPI) ou artigo 63.º da Convenção da Patente Europeia (CPE)], não se podendo permitir,

como advoga o Prof. Dário Moura Vicente, uma nova forma de caducidade dum direito de propriedade industrial.

m) Esta Lei n.º 62/2011, que institui a arbitragem necessária, refere, no artigo 3.º, n.º 8 que tudo o que aí não se encontrar expressamente previsto fica sujeito ao regime geral da arbitragem voluntária (consagrado na Lei n.º 63/2011, que entrou em vigor no dia 14 de março de 2012), sendo certo que a lei de arbitragem voluntária não consagra qualquer mecanismo de reação imediata perante a ameaça ou efetiva violação de direitos de propriedade industrial.

n) A entender-se serem apenas os Tribunais arbitrais os competentes então as providências cautelares ou ordens preliminares só podem ser ordenadas após a sua constituição, sendo que a nova LAV não resolve o problema da morosidade da própria constituição do Tribunal Arbitral.

o) Num procedimento cautelar, perante Tribunal Judicial, o prazo de oposição de um Requerido é de dez dias (artigo 303.º, n.º 2, *ex vi* artigo 384.º, n.º 2, ambos do CPC) e no prazo de dois meses deve ser proferida a Decisão (artigo 382.º, n.º 2 do CPC).

p) Tendo em conta a publicação no sítio virtual do INFARMED, o prazo de trinta dias para a Titular de direito de propriedade industrial iniciar arbitragem, o prazo de trinta dias para a requerida indicar o seu, o prazo para indicação do árbitro presidente, com outras vicissitudes que a vivência judiciária tem relevado (como a necessidade de intervenção do Exmo. Senhor Juiz Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa), decorrerão três meses sem que o Tribunal Arbitral esteja constituído.

q) Daí que a nova lei da arbitragem voluntária não tenha superado as limitações referidas, até porque não poderia superar um facto incontornável: não existindo convenção arbitral entre as partes que intervirão no litígio, não existe previamente um Tribunal Arbitral Constituído ou um Tribunal de Emergência, ao qual se pudesse apelar, num primeiro momento, para decidir qualquer questão urgente.

r) Só o Estado oferece esta resposta, precisamente porque o Tribunal preexiste ao conflito e está preparado para dar resposta a tais situações, o que no caso da arbitragem necessária não institucionalizada não acontece.

s) A Lei n.º 62/2011, ao impor a arbitragem necessária, não permite, conforme supra explanado o recurso atempado aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva.

t) Assim, não tendo o Estado Português acautelado devidamente a necessidade de tutela imediata e provisória, sob pena de perda do efeito útil de uma decisão final, cremos que o regime instituído pelo artigo 2.º da Lei n.º 62/2011 é inconstitucional, violando o direito de acesso aos Tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva e acautelador do efeito útil da decisão final a proferir, tudo nos termos e âmbito que têm vindo a ser desenvolvidos e melhor concretizados pela jurisprudência deste Tribunal.

u) Em causa estão igualmente obrigações e normas decorrentes de Tratados Internacionais dos quais o Estado Português é parte contraente, incluindo a Convenção sobre a Patente Europeia, o Acordo Internacional TRIPS e a própria União Europeia (e toda as fontes de normas e normas emanadas pelos vários órgãos desta), como a Diretiva Comunitária n.º 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu.

v) Esta obrigação do Estado Português não se mostra realizada com o regime da arbitragem necessária, que não garante procedimentos justos e equitativos, que não sejam demasiadamente onerosos, nem que comportem prazos ou atrasos irrazoáveis.

w) O regime da arbitragem necessária viola ainda o princípio da igualdade, já que da prática conhecida neste tipo de processos, sabendo que as custas incluem os honorários dos Árbitros e portanto são substancialmente mais elevadas que a jurisdição num Tribunal do Estado, não subsistindo razões que justifiquem um tratamento diferenciado neste tipo de conflitos, em relação a pleitos judiciais.

x) A Lei n.º 62/2011 viola ainda o Acordo Internacional TRIPS, do qual Portugal é signatário, com normas diretamente aplicáveis em Portugal e onde se estabelece que o direito exclusivo de exploração de uma patente vigora assim durante o período absoluto de vinte anos, bem como a necessidade do Estado Português dar a devida tutela a estas situações, através de meios céleres e eficazes.

y) A sujeição à arbitragem necessária, nos termos previstos da Lei n.º 62/2011, no referido prazo de trinta dias, constitui uma restrição ao direito de acesso à justiça e aos Tribunais, atingindo o núcleo de tal direito, acabando por atingir o alcance do conteúdo do direito fundamental de exploração exclusiva de patente, circunscrevendo a um período de trinta dias a existência de um direito que vigora durante vinte anos.

z) Mais, tal restrição não se limita ao necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

aa) As leis restritivas devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e princípio da proibição do excesso, bem como ao princí-

pio da necessidade e princípio da adequação, o que não sucede no corrente caso.

bb) A presente Lei n.º 62/2011 não cumpre tais requisitos, porquanto esta restrição a um período tão curto para reação do titular dos direitos de propriedade industrial é manifestamente excessiva (o direito em causa vigora durante vinte anos).

cc) Acresce ainda um outro argumento, incluído no direito de acesso aos Tribunais, mas aqui no plano do direito ao recurso, já que este ‘direito ao recurso’ resulta como uma concretização do direito de acesso aos Tribunais e está legalmente limitado a determinadas matérias, que o legislador entendeu, na maioria dos casos, fazer depender do valor de processo.

dd) O único recurso possível é o recurso da Decisão Final, da decisão a proferir no âmbito da ação principal arbitral, o que contraria o alcance do artigo 20.º da Constituição da República e que ajuda a reforçar o entendimento do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011 como inconstitucional, se interpretado no sentido de precluir o recurso ao tribunal judicial, para lá da violação do princípio da igualdade.

ee) Desta forma, conforme já pugnado, deverá ser declarada a inconstitucionalidade dos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de tais normas se interpretadas no sentido do titular de direito de propriedade industrial apenas poder recorrer à Arbitragem Necessária, precluindo definitivamente o recurso direto ao Tribunal Judicial;

ff) Mais se declarando, conforme já pugnado, a inconstitucionalidade de tais normas se interpretadas no sentido de que o titular de direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de pedido/concessão de AIM, para lá do prazo de trinta dias, neste caso a contar da publicação do INFARMED, referida no artigo 9.º, n.º 3 da Lei n.º 62/2011, em tribunal judicial e/ou tribunal arbitral.

gg) Estas questões de inconstitucionalidade são renovada e expressamente suscitadas nesta peça, para efeitos de conhecimento exposto por este Alto Dicastério;

hh) Tudo, sempre, com o Douo Suprimento de VV. Ex.<sup>as</sup>, no salutar uso do poder-dever de, oficiosamente, suprirem as eventuais omissões do recorrente.»

Cumprе apreciar e decidir.

## II — Fundamentação

### A) Questão prévia: da recorribilidade no âmbito de processos cautelares

7 — Desde logo, cumpre recordar que o recurso vem interposto do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/07/2013 (cf. fls. 1085-1100), proferido no Processo n.º 117/13.1YHLSB.L1, em que são recorrentes Bayer Pharma Aktiengesellschaft e outras e recorrida Sandoz Farmacêutica, L.<sup>da</sup>, o qual negou o recurso de apelação da sentença proferida pelo Tribunal da Propriedade Industrial que absolveu a ora recorrida da instância com fundamento na verificação da exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral necessário, nos autos da providência cautelar intentada pelas ora recorrentes.

8 — Tratando-se de recurso interposto de uma decisão judicial proferida no âmbito de um processo cautelar, caracterizado pela sumariedade, provisoriedade e instrumentalidade em face da ação principal, é de todo pertinente que se questione da sua compatibilidade com o proferimento de juízos de constitucionalidade. Com efeito, as providências cautelares não se revestem de força de caso julgado material, não (pre)determinando o sentido da decisão em sede da ação principal da qual dependem. Como se escreveu na Decisão Sumária n.º 612/2013:

«[...] A tutela cautelar administrativa é caracterizada pela sua instrumentalidade, provisoriedade e sumariedade (vide sobre estes conceitos Isabel Fonseca, em ‘Introdução ao estudo sistemático da tutela cautelar no processo administrativo’, pág. 82 e seg., da ed. de 2002, da Almedina).

Em primeiro lugar, é a sua função meramente instrumental que as distingue das providências definitivas, tomadas como resultado final do processo de contencioso administrativo. Não a instrumentalidade que qualquer processo reveste perante o direito substantivo cuja tutela procura realizar, mas uma instrumentalidade relativa a essa tutela de cariz definitivo. Na verdade, as providências cautelares não se destinam a solucionar, com autonomia, uma situação de conflito, mas apenas a assegurar que as soluções definitivas possam ser adotadas pelas instâncias jurisdicionais, sem que o decurso do tempo as inviabilize ou prejudique. São simples instrumentos dessas decisões definitivas, concebidos para intervirem em casos de urgência, de forma a assegurar que aquelas consigam conceder às partes idêntica satisfação de interesses à que elas obteriam através da realização ‘pacífica’ dos seus direitos. São, nas palavras de Calamandrei, ‘a garantia da garantia judiciária’.

Destinando-se elas a servir a tutela de um direito a determinar num determinado processo, necessariamente encontram-se dependentes desse processo, podendo dizer-se que, nesse aspeto, não gozam de autonomia. O seu nascimento, a sua vida e a sua morte estão dependentes do processo do qual são dependentes, porque é nele que encontram a sua razão de existência, refletindo-se nelas as vicissitudes da tutela a encontrar no processo-mãe.

Também como consequência da sua função instrumental, as providências cautelares são meramente provisórias, tendo uma duração, apesar de incerta, limitada no tempo (*dies certus an, incertus quando*). São providências a termo incerto.

Tendo elas como única finalidade obviar ao perigo da demora de um determinado processo, o não nascimento deste ou a sua extinção provocam o seu fim.

E sendo a sua existência justificada pela urgência não é possível seguir uma tramitação que permita apurar com certeza da existência do direito cuja tutela se pretende assegurar, a qual apenas é possível apurar no processo principal. É suficiente para alcançar uma decisão cautelar provisória, uma prova informativa, um *fumus boni iuris*.

Este juízo de probabilidade séria deve recair não só sobre a existência dos factos constitutivos do direito ameaçado, mas também sobre a verificação dos pressupostos jurídicos da existência do direito. O juízo de probabilidade é aplicável quer às questões de facto, quer às questões de direito, colocadas ao juiz nos procedimentos cautelares. O juiz não tem que se convencer da veracidade dos factos que integram a causa de pedir, nem de que o direito invocado existe perante a prova desses factos, bastando que a existência dos factos seja provável, tal como a existência do direito.

São estas características específicas das providências cautelares que tem obstaculizado a que a jurisprudência constitucional admita a recorribilidade para o Tribunal Constitucional de muitas das questões de constitucionalidade suscitadas em procedimentos cautelares [...].

No entanto, é de distinguir as situações em que a questão de constitucionalidade respeita a normas específicas da própria providência cautelar (requisitos, tramitação) ou a normas aplicáveis à relação material litigiosa que irão ser relevantes no processo principal a que a providência cautelar respeita, na medida em que a questão da inadmissibilidade de recurso de constitucionalidade nos procedimentos cautelares só quanto a estas situações se coloca. Ainda a Decisão Sumária n.º 612/2013:

«[...] o julgamento pelo Tribunal Constitucional, em sede de recurso, sobre uma questão de inconstitucionalidade suscitada em autos de providência cautelar administrativa coloca em causa a natureza instrumental das providências cautelares, dado que implica uma antecipação do juízo sobre a inconstitucionalidade de normas a aplicar na ação administrativa principal. Juízo esse a formular quer pelos tribunais administrativos que julgam em primeira instância e, eventualmente, em recurso (artigo 204.º da CRP), quer pelo próprio Tribunal Constitucional, caso venha, nesses autos, a ser interposto o competente recurso (artigo 280.º da CRP). Só assim não será, conforme tem sido unanimemente reconhecido por este Tribunal (cf. Acórdãos n.º 235/2001, n.º 442/2000, n.º 400/97 e n.º 151/85, todos disponíveis in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), se se tratar do conhecimento de questões de inconstitucionalidade de normas que sejam exclusivamente aplicáveis em sede de processo cautelar — v.g., normas processuais que regulem a sua tramitação —, visto que a decisão sobre a inconstitucionalidade se restringe aos autos de processo cautelar [...].»

9 — Não obstante a jurisprudência citada se dirigir à apreciação de questões de constitucionalidade reportadas a situações não inteiramente coincidentes com a dos presentes autos, considera-se ser o entendimento professado transponível para o caso em análise, na medida em que as normas (ou interpretações normativas) cuja constitucionalidade é posta em crise se reportam à própria instauração da providência cautelar, designadamente quanto à jurisdição competente, pelo que não subsistem questões prévias que impeçam o prosseguimento deste recurso de constitucionalidade.

### B) Questões de mérito

10 — As recorrentes colocam duas questões de constitucionalidade, delimitadas na resposta ao convite para aperfeiçoamento do requerimento de interposição de recurso e assim fixando o objeto do presente recurso, formuladas nos seguintes termos (cf. fls. 1152):

«[...]»

4.º A este título, explicita-se que a primeira das interpretações normativas se refere à possibilidade de resultar da norma prevista no artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, segundo a qual o titular de direito de propriedade industrial apenas poder recorrer à Arbitragem Necessária, precludindo definitivamente o recurso direto ao Tribunal Judicial,

mesmo no que se refere a Providência Cautelar, o que se revela inconstitucional, nos fundamentos já oportunamente referidos e que mais detalhadamente se desenvolverá em sede de alegações, caso este recurso seja admitido.

5.º A segunda das interpretações refere-se ao sentido de que o titular de direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de Autorização de Introdução no Mercado (doravante AIM) ou de pedido de AIM, para lá do prazo de trinta dias, a contar da publicação pelo INFARMED, referida no artigo 9.º, n.º 3 da Lei n.º 62/2011;

6.º Neste caso específico, concatenando-se os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, já que o prazo fixado no artigo 3.º se refere ao procedimento obrigatório mencionado no artigo 2.º de tal lei [...].»

10.1 — As questões de constitucionalidade colocadas mostram-se reportadas ao novo regime de composição de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial, quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, instituído pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, submetendo-os a arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada.

Com efeito, a Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, instituiu um regime de *arbitragem necessária*, institucionalizada ou não institucionalizada, para a composição de litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou certificados complementares de proteção.

Do mesmo passo, a Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, veio introduzir alterações no Regime Jurídico dos Medicamentos de Utilização Humana (Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto), na parte relativa aos pedidos de autorização de introdução no mercado (AIM) e ao dever de confidencialidade aí regulado. Aqui releva a opção do legislador de não fazer depender a procedência do procedimento conducente à obtenção de uma AIM, bem como a alteração, suspensão ou revogação desta, da verificação da existência de direitos de propriedade industrial, tal como decorre do novo artigo 23.º-A, do RJMUH, aditado também pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro:

### «Objeto do procedimento

1 — A concessão pelo INFARMED, I. P., de uma autorização, ou registro, de introdução no mercado de um medicamento de uso humano, bem como o procedimento administrativo que aquela conduz, têm exclusivamente por objeto a apreciação da qualidade, segurança e eficácia do medicamento.

2 — O procedimento administrativo referido no número anterior não tem por objeto a apreciação da existência de eventuais direitos de propriedade industrial.»

De acordo com a Exposição de Motivos da proposta de Lei n.º 13/XII de 1/09/2011 (disponível em <http://www.parlamento.pt>), a Lei em causa visou obviar aos fatores de estrangulamento que dificultam a entrada célere de genéricos no mercado de medicamentos, entre outros os decorrentes da incerteza sobre a violação, ou não, de direitos de propriedade industrial por parte dos medicamentos genéricos que pretendem aceder ao mercado e consequentes litígios judiciais relacionados com a subsistência de direitos de propriedade industrial a favor de outrem. O legislador vem assim instituir um mecanismo alternativo de composição dos litígios — *arbitragem necessária* — que, num curto espaço de tempo, profira uma decisão de mérito quanto à existência, ou não, de violação dos direitos de propriedade industrial.

O regime de arbitragem necessária instituído pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, encontra-se sobretudo regulado nos seus artigos 2.º e 3.º, segundo os quais:

«Artigo 2.º

### Arbitragem necessária

Os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, na aceção da alínea *ii*) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, e medicamentos genéricos, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, ou de certificados complementares de proteção, ficam sujeitos a arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada.

Artigo 3.º

### Instauração do processo

1 — No prazo de 30 dias a contar da publicitação a que se refere o artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na redação

conferida pela presente lei, o interessado que invocar o seu direito de propriedade industrial nos termos do artigo anterior deve fazê-lo junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada.

2 — A não dedução de contestação, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito pelo tribunal arbitral, implica que o requerente de autorização, ou registo, de introdução no mercado do medicamento genérico não poderá iniciar a sua exploração industrial ou comercial na vigência dos direitos de propriedade industrial invocados nos termos do n.º 1.

3 — As provas devem ser oferecidas pelas partes com os respetivos articulados.

4 — Apresentada a contestação, é designada data e hora para a audiência de produção da prova que haja de ser produzida oralmente.

5 — A audiência a que se refere o número anterior tem lugar no prazo máximo de 60 dias posteriores à apresentação da oposição.

6 — Sem prejuízo do disposto no regime geral da arbitragem voluntária no que respeita ao depósito da decisão arbitral, a falta de dedução de contestação ou a decisão arbitral, conforme o caso, é notificada, por meios eletrónicos, às partes, ao INFARMED, I. P., e ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, I. P., o qual procede à sua publicitação no *Boletim da Propriedade Industrial*.

7 — Da decisão arbitral cabe recurso para o Tribunal da Relação competente, com efeito meramente devolutivo.

8 — Em tudo o que não se encontrar expressamente contrariado pelo disposto nos números anteriores é aplicável o regulamento do centro de arbitragem, institucionalizado ou não institucionalizado, escolhido pelas partes e, subsidiariamente, o regime geral da arbitragem voluntária.»

10.2 — Em face do que se dispõe, podemos sumariar o novo mecanismo de composição de litígios instituído a partir dos seguintes traços do regime:

a) Os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, quanto a medicamentos de referência ou medicamentos genéricos, ficam sujeitos a arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada;

b) Os direitos de propriedade industrial invocados podem ser fundados em patentes de processo, de produto ou de utilização, ou em certificados complementares de proteção;

c) O recurso à arbitragem pelo interessado que pretenda invocar o seu direito de propriedade industrial é feito no prazo de 30 dias a contar da publicitação pelo INFARMED, IP, na sua página eletrónica, dos pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos, devendo fazê-lo junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada (prevendo-se, a título de disposição transitória — artigo 9.º, n.º 3 — igual prazo a contar da publicação dos elementos relativos aos medicamentos para os quais ainda não tenha sido proferida pelo menos uma das decisões de AIM, do preço de venda ao público ou de inclusão na comparticipação do Estado no preço dos medicamentos);

d) A não dedução de contestação, no prazo de 30 dias após notificação pelo tribunal arbitral, implica que o requerente de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamento genérico, não poderá iniciar a sua exploração industrial ou comercial na vigência dos direitos de propriedade industrial invocados em sede de arbitragem necessária;

e) A apresentação das provas é feita pelas partes nos articulados, havendo também lugar a audiência de produção da prova que haja de ser produzida oralmente;

f) A audiência é realizada nos sessenta dias seguintes à apresentação da oposição;

g) Há recurso da decisão arbitral, com efeito meramente devolutivo, para o Tribunal da Relação competente;

h) São aplicados subsidiariamente o regulamento do centro de arbitragem escolhido e o regime geral da arbitragem voluntária (contido na Lei n.º 63/2011, de 12 de dezembro).

10.3 — Assim identificadas e enquadradas as questões de constitucionalidade colocadas pela recorrente cumpre conhecer das mesmas, pela ordem em que foram colocadas, tendo em conta desde logo que, implicando a primeira uma questão de incompetência absoluta tal questão, nos termos do artigo 97.º do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* artigo 69.º da LTC, é de conhecimento officioso.

#### B1) A primeira questão

11 — Neste enquadramento, a primeira questão de constitucionalidade submetida à apreciação deste Tribunal no âmbito dos presentes autos de fiscalização concreta é a de saber se a interpretação segundo a qual a norma contida no artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro,

consubstancia um ónus imposto ao titular de direitos de propriedade industrial sobre medicamentos de referência de recurso (necessário) à justiça arbitral, vedando a opção de acesso aos tribunais judiciais, inclusivamente para efeitos de interposição de providências cautelares, é inconstitucional por ofensa de normas e princípios constitucionais, alegadamente os constantes dos artigos 13.º, 17.º, 18.º, 20.º, n.ºs 1 e 5, 42.º, n.º 2, 204.º e 268.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, cabendo, desde já, a advertência de não relevar como parâmetro de constitucionalidade de normas o disposto no invocado artigo 204.º, que tão só comete aos tribunais a obrigação de apreciação da inconstitucionalidade das normas aplicáveis nos feitos submetidos a julgamento.

11.1 — As primeiras reservas colocadas prendem-se com o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição, invocando as recorrentes a esse respeito a discrepância entre os valores das custas arbitrais e das custas judiciais. Essa abordagem do problema parte do pressuposto de que, por via de regra, os encargos da justiça arbitral são mais elevados do que as custas num tribunal estadual, podendo dessa forma representar um desequilíbrio no acesso à justiça, colocando em situação desigual quem recorre à justiça estadual e à justiça arbitral, neste caso sem opção.

A questão não se afigura determinante, *in casu*, para a formulação de um juízo de inconstitucionalidade. Isto, porquanto, tomando-se o argumento dos custos (potencialmente) elevados da justiça arbitral como razão de impugnação da norma recorrida, na medida em que esta submete estes litígios à arbitragem necessária, não parece proceder o argumento da inconstitucionalidade da opção normativa em causa baseado nos respetivos custos, por comparação com as custas devidas em tribunais judiciais. É que esse é um dado de facto, de verificação possível mas não obrigatória, já que não é predeterminado por aplicação de norma a sindicar. Com efeito, os custos do processo arbitral, designadamente quanto aos honorários dos árbitros, resultam essencialmente de acordo entre as partes (tendo genericamente em conta o valor da causa e a complexidade do processo), quer em sede de arbitragem voluntária (vd., por exemplo, quanto aos honorários dos árbitros, o artigo 17.º, da Lei n.º 63/2011, de 12 de dezembro), quer em sede de arbitragem necessária. Só assim não será no caso muito particular — que não o nosso — de o requerente da arbitragem optar pela modalidade de arbitragem institucionalizada (assim se submetendo ao estabelecido no regulamento de encargos processuais do centro de arbitragem institucionalizada escolhido), a entender-se que o demandado não se pode opor ao exercício daquele poder potestativo, o que, todavia, também não é líquido que decorra do regime legal em apreciação.

Mesmo assim, em qualquer caso, é de ter em consideração quer a possibilidade de qualquer um dos sujeitos processuais beneficiar de apoio judiciário na modalidade de dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo (benefício que não se deve mostrar excluído em sede de justiça arbitral), quer o facto de, assim não sendo, não se deverem mostrar desprotegidos no seu direito de acesso à justiça aqueles que, por insuficiência económica, não possam cumprir a convenção de arbitragem em face dos encargos devidos, mesmo tendo estes sido estabelecidos por acordo. A este respeito, já se pronunciou o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 311/08, de que relevam as seguintes passagens:

«[...]»

No caso *sub judice*, foi dada como comprovada a impossibilidade de o recorrido arcar com as custas judiciais, por insuficiência de meios económicos. Para efetivação do direito de acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses (artigo 20.º, n.º 1, da CRP), estava, pois, em condições de beneficiar de apoio judiciário que, efetivamente, lhe foi concedido, na modalidade de apoio total, na ação por ele instaurada no tribunal judicial. A competência deste tribunal foi, todavia, impugnada pelo recorrente, réu nessa ação, com base na prévia estipulação de uma cláusula compromissória, que pretende ver integralmente executada.

Não estando prevista a atribuição de apoio judiciário nos tribunais arbitrais, o cumprimento estrito desse acordo coloca o recorrido numa situação de indefesa. A situação conflituante nasce, precisamente, da impossibilidade de satisfação simultânea dos direitos pertinentemente invocados, ambos com tutela constitucional: o de liberdade negocial, como expressão da autodeterminação, a qual impõe a observância dos efeitos vinculativos do seu exercício sem vícios; o de tutela jurisdicional efetiva, que, nas circunstâncias concretas, aponta no sentido da inexistência da sujeição a esses efeitos.

E o modo como o problema se apresenta não permite uma solução que passe pela conciliação ou harmonização dos dois direitos em conflito, em termos de uma cedência recíproca deixar assegurada uma satisfação bastante de ambos. A concreta configuração dilemática deste conflito de direitos só admite uma solução optativa, de preferência absoluta de um, com sacrifício total do outro: ou se cumpre a convenção de arbitragem, o que importará a denegação de justiça a uma das partes, por entaves de capacidade económica; ou, como

único meio de garantir a este contraente o acesso à tutela jurisdicional efetiva, se dá como competente o tribunal judicial, o que significa negar eficácia ao livremente acordado na convenção de arbitragem. Em configurações deste tipo, o atendimento mínimo do interesse sacrificado só pode alcançar-se através da definição rigorosa dos pressupostos casuísticos que conferem “razões de prevalência” ao interesse tutelado.

Os fatores de ponderação atendíveis apontam, todos eles, no sentido do segundo termo da alternativa acima enunciada. Na verdade, não está em causa, na estipulação de uma convenção de arbitragem, um aspeto nuclear da autodeterminação, uma sua manifestação primária diretamente presa ao seu étimo fundante, mas um seu modo de exercício muito específico, atinente à indicação convencional da competência decisória de um tribunal, situado fora da orgânica judiciária. Não poderá dizer-se que este modo concreto de exercício da liberdade negocial seja postulado pela realização do indivíduo como pessoa. Não estamos, pois, dentro do domínio de ‘proteção máxima’ da autodeterminação (cf., quanto a este tópico e aos fatores de ponderação, em geral, Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3.ª ed., Coimbra, 2007, 320 s.).

Em segundo lugar, o interesse sacrificado com a preterição do tribunal arbitral é de ordem puramente instrumental, tem a ver apenas com o afastamento de uma via preferencial de apreciação e solução do litígio. Não é afetada, ainda que indiretamente, nenhuma posição material atinente à destinação dos bens. As possibilidades de realização do interesse final do recorrente, quanto ao objeto do litígio, mantêm-se intactas.

Sendo assim, o sacrifício que a solução representa, para o interessado na via arbitral, afigura-se necessário e perfeitamente proporcionado à salvaguarda do bem protegido com a garantia da tutela jurisdicional. Satisfaz, pois, o critério da proporcionalidade, aqui aplicável, uma vez que, como se afirma no Acórdão n.º 254/99, ‘em geral, sempre que a solução de um conflito de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos se faça pela proibição do exercício de um direito em certas circunstâncias, seja a proibição explícita, implícita ou obtida por remissão, têm justificação as cautelas constitucionais contra as leis restritivas’.

A solução contrária, acarretando, pela perda de apoio judiciário, a perda definitiva e total do direito de levar à apreciação de um tribunal uma pretensão jurídica, é que redundaria na desproteção absoluta da posição jurídica reivindicada, com lesão frontal e particularmente intensa de um valor primariamente constituinte do Estado de direito [...]»

E, mais à frente:

«[...] De resto, o poder de decisão do tribunal arbitral, mesmo quando assenta na vontade das partes, tem uma óbvia dimensão institucional, sujeita a condicionamentos e restrições decorrentes da regulação estadual. A liberdade de celebração de uma convenção de arbitragem, que se traduz na atribuição de competência a um tribunal arbitral, não é autorrealizável, ficando a eficácia do seu exercício dependente de uma atividade de administração da justiça estritamente conformada, de modo a oferecer garantias equivalentes às de um tribunal judicial. Ao admitir um poder de julgar paralelo ao dos tribunais integrados na organização judiciária, o Estado não se demite do seu papel de garante último da realização da justiça. Daí, além do mais, a observância imperativa, na tramitação a decorrer nos tribunais arbitrais, dos princípios fundamentais do processo (artigo 16.º da Lei n.º 31/86, de 29 de agosto), cuja violação é fundamento de anulação da decisão [alínea c) do n.º 1 do artigo 27.º do referido diploma], e a proibição absoluta, em contratos de adesão, de cláusulas que [...] prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei [alínea h) do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro].

O Estado não abre, designadamente, mão da garantia, a todos assegurada, do acesso à justiça. Quando a efetivação dessa garantia requer a prestação de apoio judiciário, não prevista no âmbito dos tribunais arbitrais, o único meio de evitar o resultado, constitucionalmente inaceitável, de denegação da justiça, é o reassumir de competência do tribunal judicial. Não pode invocar-se, em contrário, a tutela constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, pois ela não dá cobertura a um ato de autonomia privada, quando a sua execução nos termos acordados deixa inteiramente desprotegido o direito fundamental de acesso à justiça [...]»

Assim, passa-se à ponderação da aplicação dos demais parâmetros constitucionais cujo alegado desrespeito poderia determinar um juízo de desconformidade da interpretação normativa sindicada com o texto constitucional.

11.2 — Desde logo, pode ser relevante a invocação do direito fundamental contido no artigo 42.º, n.º 2, da Constituição, que, ao concretizar o âmbito normativo de proteção da liberdade de criação cultural, aqui compreende o *direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos de autor*.

Na sua complexidade, o direito de patente sobre um medicamento de referência afigura-se demandar, quanto ao âmbito de proteção normativa, a confluência do direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1, CRP) com o direito de criação cultural (artigo 42.º, idem), ambos protegidos pela Constituição portuguesa.

Numa primeira abordagem da fundamentalidade dos direitos em presença, já se escreveu no Acórdão n.º 2/2013, «[...] Tais direitos de propriedade industrial, entre os quais os direitos fundados em patentes de medicamentos ou certificados complementares de proteção para medicamentos «encontram-se no domínio formalmente abrangido pelo preceito [constitucional que consagra o direito de propriedade como direito fundamental] e integram o conteúdo substancialmente protegido pela norma constitucional referente ao direito de propriedade privada» (J. C. Vieira de Andrade, *A proteção de direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos*, RLJ, n.º 3953, 2008, p. 71)».

E reportando-se os direitos de propriedade industrial à tutela da propriedade intelectual, cuja importância não deixou de ser sublinhada na jurisprudência constitucional portuguesa (como ilustrado com a seguinte passagem do Acórdão n.º 577/2011: «[...] a relevância que a tutela da propriedade intelectual assume na nossa ordem jurídica, tanto ao nível constitucional como ao nível internacional e europeu, conduz à conclusão de que se trata de bem jurídico dotado de especial significado.»), pode mesmo requerer-se uma tutela acrescida àquela facultada pelo artigo 62.º da Constituição portuguesa. Assim, e em anotação ao artigo 42.º, da Constituição, escrevem Gomes Canotilho/Vital Moreira que: «[...] o autor dispõe de direitos de propriedade intelectual incluindo o direito de cobrar retribuição pela utilização da sua obra. Daqui não resulta imediatamente uma ‘valorização económica’ e um direito à publicação do produto da criação cultural, mas é evidente que a sua utilização (para fins comerciais, industriais, publicitários, pedagógicos, etc.) cria um valor económico que cai também no âmbito de proteção do direito à criação cultural. De resto, o direito de propriedade intelectual, diretamente protegido pelo regime dos direitos, liberdades e garantias goza de uma proteção constitucional mais intensa do que o direito de propriedade sobre as coisas (artigo 62.º)» (Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 622), tese, aliás, já acolhida neste Tribunal (cf. Acórdão n.º 577/2011):

«[...] O bem jurídico tutelado por esta incriminação reside nos *direitos de autor*, os quais se apresentam como valores constitucionalmente relevantes, nos termos dos artigos 42.º, n.º 2 e 62.º da Constituição. A tutela da propriedade intelectual apresenta-se, no plano da nossa Constituição, como uma tutela multifacetada. Com efeito, a propriedade intelectual é, antes de mais, *propriedade privada*, abrangida, portanto, no núcleo essencial do direito fundamental de propriedade, nos termos do artigo 62.º, n.º 1, da Constituição (nesse sentido se pronunciou já o Tribunal no Acórdão n.º 491/2002, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 22 de janeiro de 2003).

Mas a tutela dos direitos de autor não se consome na proteção que o Estado concede à propriedade. A Constituição estabelece, no capítulo II do Título respeitante aos direitos, liberdades e garantias, sob a epígrafe ‘direitos, liberdades e garantias pessoais’, que a liberdade de criação cultural inclui a *proteção legal dos direitos de autor*. A propriedade intelectual surge, assim, integrada no âmbito do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, beneficiando, portanto, de uma tutela mais intensa do que a que, em primeira linha, a Constituição reserva aos direitos económicos, sociais e culturais, enquadrados no Título III (ressalvando-se as devidas equiparações no caso dos direitos análogos, nos termos do artigo 17.º) [...]»

Ora, mesmo não se configurando formalmente os direitos em presença como «direitos de autor», certo é que as patentes são direitos (exclusivos) que se obtêm sobre invenções (soluções novas para problemas técnicos específicos), quer se trate de produtos ou processos (e aqui se incluindo os processos novos de obtenção de produtos, substâncias ou composições já conhecidos), pelo que, em grande medida, a patente corresponde à tutela dessa invenção. Assim, é de admitir, na perspetiva da respetiva tutela jurídico-constitucional, o concurso de direitos de criação cultural (científica), consagrados no artigo 42.º da Constituição.

Acompanha-se aqui a reflexão de Gomes Canotilho (Cf. «Parecer sobre o Novo Regime Legal de Resolução de Litígios Patentários», copilado, fls. 25-26):

«Como princípio geral, pode, pois, dizer-se que o ‘direito à patente’, isto é, o direito ‘a requerer a patente’, pertence ao ‘criador intelectual

ou aos seus sucessores, sendo que é naquele preceito que se determina quem está legitimado a solicitar um pedido de patente de *invenção* em seu nome, vindo a figurar no pedido de registo como requerente do direito»<sup>29</sup> Cfr. António Campinas e Luís Couto Gonçalves. Código da Propriedade Industrial. cit., pp. 215. e ss.). Em nosso entender, o «inventor» encontra-se legitimado *ab initio*, mesmo do ponto de vista jurídico-constitucional, para requerer a *patente* que lhe irá conferir o «*exclusivo*» do direito. Legitimação que lhe advém do facto de já lhe assistir um direito, concomitantemente pessoal e patrimonial, sobre a própria «invenção». O mesmo será dizer, em virtude de ser titular do «direito de tronalidade autorial», tendencialmente unificador do conteúdo essencial da *Liberdade fundamental de criação cultural, constitucionalmente consagrada e que o legislador ordinário acabou por «dispersar» em sede de concretização sistemática-normativa*<sup>30</sup> Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Liberdade e Exclusivo na Constituição*, in Estudos sobre Direitos Fundamentais, Almedina, Coimbra Editora, 2004, pp. 219 e ss.) Este princípio geral conformador do direito de «invenção» a *patentear* apresenta-se, no plano da lei ordinária, como uma *manifestação ou corolário do direito/liberdade fundamental pessoal de «criação cultural»* — criação cultural, artística e científica —, consagrado no artigo 42.º da Constituição da República Portuguesa<sup>31</sup> Convém lembrar desde já, que, nos termos do n.º 1 do artigo 42.º da Constituição da República Portuguesa. «É livre a criação intelectual, artística e científica». Por seu turno, o n.º 2 do mesmo artigo estabelece que «Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos de autor». Na mesma ordem de ideias, entendemos que, em última *ratio*, também decorre deste normativo constitucional a qualificação simultânea dos direitos de propriedade industrial, ou, melhor dizendo, dos direitos de propriedade intelectual ou «*espiritual*», in totum, como direitos fundamentais de personalidade e como direitos fundamentais de propriedade sobre coisas incorpóreas, sendo certo que, como mais à frente se explicará, esta dúlice natureza emerge agora unificada por força do acolhimento de uma «*teoria monista*» que postula a consagração constitucional de um *direito fundamental autorial «sui generis* englobador de elementos jurídicos-pessoais e de elementos jurídico-patrimoniais»<sup>32</sup> Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. *Liberdade e Exclusivo na Constituição*. cit., loc. cit. p. 221. Vide infra, 1.4. Aludindo à convergência dos direitos de propriedade intelectual. cf. Kur in Schricklerl Dreierl Kur (org.). *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*, 2001. p. 23: Derclayel/ Leistner, *Intellectual Property Overlaps — A European Perspective*, 2010), como parte integrante do conteúdo essencial da liberdade fundamental de criação cultural. Nesta linha, o *fundamento último ou «radical» da dupla dimensão, «moral» e «patrimonial», caracterizadora do objeto de todos os direitos de propriedade intelectual, sejam eles direitos de propriedade industrial tout court, sejam direitos de autor em sentido estrito, rectius, que integra o objeto do «direito de tronalidade autorial», mergulha as suas raízes mais profundas no extenso e multifacetado conteúdo desta liberdade constitucionalmente consagrada. Isto, sem prejuízo de, como adiante se dirá, sempre existir a possibilidade de ancorar a sua fundamentalidade jurídico-constitucional no direito fundamental de propriedade privada, contemplado no artigo 62.º da Lei Fundamental Portuguesa<sup>33</sup>. Desde logo, porque no centro nevrálgico desta temática jus-fundamental, para além da «liberdade de criação intelectual, artística e científica», está presente indubitavelmente a «liberdade inerente à propriedade intelectual». E a verdade é que alguma «doutrina constitucional inclui no âmbito normativo dos direitos de propriedade «propriedade espiritual» ou «propriedade intelectual» de forma a alargar o âmbito de proteção deste direito aos direitos de autor, às marcas e às patentes». Ibidem, pp. 219-220»).*

Ora, assim enquadrados os direitos fundamentais em presença, do que se trata nos presentes autos de fiscalização concreta é da respetiva tutela jurisdicional, já que o fim último desta é a tutela dos direitos invocados. Nesses termos, a suscitação da ofensa destes direitos fundamentais — e, bem assim, do regime que lhes está associado, por conjugação dos também invocados artigos 17.º e 18.º da Constituição — afigura-se relevante (mesmo que de forma indireta), na medida em que se reconhece derivar da Constituição a obrigação para o legislador de criação dos meios de tutela adequados e eficazes, desde logo jurisdicionais, para a respetiva defesa, mesmo que isoladamente considerados possam não constituir parâmetros normativos autónomos para aferir da validade constitucional das normas (interpretações normativas) em causa nos presentes autos.

11.3 — Aqui chegados, a análise das questões de constitucionalidade suscitadas centra-se na verificação do respeito pelo direito de acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 20.º, n.º 1, CRP) e pelo direito a uma tutela jurisdicional efetiva, reportada ao artigo 20.º, n.º 5, também da CRP.

Tendo presente a previsão constitucional dos direitos citados, pois assegura a Constituição a todos o *acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, de modo a obter uma tutela efetiva contra ameaças ou violações desses direitos* (artigo 20.º, n.ºs 1 e 5, da CRP), não releva especialmente a chamada à colação do artigo 268.º, n.º 4, já que a *garantia aos administrados de uma tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas* não é mais do que a concretização daqueles direitos no plano da jurisdição administrativa.

11.3.1 — A questão de constitucionalidade da sujeição de litígios — neste caso, entre particulares — à arbitragem necessária, subtraindo aqueles do recurso a tribunais judiciais, tem sido objeto da atenção da jurisprudência constitucional, sobretudo a partir dos parâmetros do princípio da igualdade e dos direitos fundamentais de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva.

Como ponto de partida, a Constituição não reserva em absoluto a dirimção de litígios à justiça estadual, seja pelo expresso acolhimento dos tribunais arbitrais constante do n.º 2 do artigo 209.º, seja pela previsão de poder a lei institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos (artigo 202.º, n.º 4).

Em especial, no que importa à arbitragem como forma de composição de litígios, a evolução recente da justiça arbitral no plano infraconstitucional em certa medida corresponde à abertura constitucional de recurso a estas formas privadas ou alternativas de exercício da função jurisdicional, cometendo-lhes o respetivo exercício.

Tal pode ser, desde logo, ilustrado com a publicação da nova Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro), substituindo com maior latitude o regime de arbitragem voluntária então vigente (Lei n.º 38/86, de 29 de agosto) e, noutro plano, com a previsão de recurso à arbitragem em domínios vários, designadamente nos procedimentos de expropriações (no processo de expropriação por utilidade pública, a Lei n.º 166/99, de 4 de setembro, prevê que, na falta de acordo sobre o quantum da indemnização, seja este estabelecido por recurso à arbitragem (necessária), de acordo com o disposto no seu artigo 38.º, n.º 1); no contencioso administrativo (a arbitragem voluntária é admitida nos termos dos artigos 180.º a 187.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, com as últimas alterações dadas pela Lei n.º 63/2011, de 12 de dezembro); na justiça desportiva (conforme a Lei do Tribunal Arbitral do Desporto, aprovada em anexo à Lei n.º 74/2013, de 6 de setembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 33/2014, de 16 de junho, assinalando-se ter sido este regime objeto de escrutínio constitucional plasmado em dois arestos deste Tribunal — o Acórdão n.º 230/2013, a título preventivo, e o Acórdão n.º 781/2013, a título sucessivo); em matéria tributária (prevendo o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, com as últimas alterações introduzidas pelos artigos 228.º e 229.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, o recurso à arbitragem voluntária em certos domínios de conflituosidade com a Administração fiscal); no domínio laboral (o Decreto-Lei n.º 259/2009, de 25 de setembro, regula a arbitragem necessária e voluntária, bem como a arbitragem necessária relativamente aos serviços mínimos a prestar em período de greve); em sede de direitos de propriedade intelectual (dada a circunscrita previsão de recurso a uma Comissão de Mediação e Arbitragem para a resolução de conflitos derivados dos efeitos de uma «medida eficaz de caráter tecnológico» sobre o uso ou a fruição de uma utilização livre, contida no artigo 221.º do Código dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de março, com as últimas alterações dadas pela Lei n.º 82/2013, de 6 de dezembro, e a previsão da possibilidade de recurso à arbitragem prevista no artigo 229.º do mesmo Código; e ainda a previsão, contida no Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, alterado em último lugar pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, de recurso à arbitragem voluntária (artigos 48.º e seguintes) e necessária (artigo 59.º), esta apenas para os conflitos ocorridos entre o inventor e a empresa quanto à patente e remuneração); na Lei da Televisão (a Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, modificada em último lugar pela Lei n.º 40/2014, de 9 de julho, prevê no âmbito do regime de aquisição de direitos exclusivos (artigo 32.º, n.ºs 3 e 5) e do acesso ao direito de antena (artigo 59.º, n.º 7) a arbitragem — vinculativa no primeiro caso — pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social, em conformidade com a competência atribuída ao Conselho Regulador desta Entidade pelo artigo 24.º, n.º 3, alínea *t*) dos respetivos estatutos aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro); e, por último, na Lei dos Serviços Públicos Essenciais (a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, alterada em último lugar pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro, prevê que os litígios de consumo no âmbito dos serviços estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que

sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados (artigo 15.º, n.º 1)).

A própria jurisprudência constitucional tem sublinhado a possibilidade de atribuição aos tribunais arbitrais da função jurisdicional. Da mesma se dá conta no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 2/2013:

«Não cabendo aqui a apreciação da opção legislativa em causa, releva, porém, a consideração da justiça arbitral, quer voluntária, quer necessária, como cumungando de características próprias da função jurisdicional, refletidas numa vasta produção jurisprudencial deste Tribunal, dirigida embora a regimes diversos do que nos ocupa.

Assim, no Acórdão n.º 259/97:

“O Tribunal Constitucional tem, a este respeito, elaborado uma jurisprudência impressiva.

Como se salientou no Acórdão n.º 757/95 — publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 27 de março de 1996 — já por diversas vezes se afirmou (cf., acórdãos nos. 419/87 e 98/88, publicados naquele jornal oficial, 2.ª série, de 5 de janeiro de 1988 e 22 de agosto seguinte, respetivamente) que “embora a administração da justiça caiba em exclusivo aos tribunais, tal não significa que esse exclusivo respeita apenas aos tribunais estaduais; abrange também os tribunais arbitrais que, não podendo considerar-se órgãos de soberania, são verdadeiros tribunais” (cf., entre outros, os acórdãos n.ºs 230/86 e 33/88, respetivamente publicados no *Diário da República*, 1.ª série, de 12 de setembro de 1986 e 22 de fevereiro de 1988).

Não dando o texto constitucional uma definição de “tribunal”, há de esta radicar-se na natureza das funções que exerce, no seu caráter jurisdicional (cf., Acórdão n.º 289/86, publicado no Diário citado, 2.ª série, de 7 de janeiro de 1987), e no estatuto de independência e imparcialidade de quem desempenha tais funções.

Os árbitros [...] compõem um conflito entre entidades privadas e públicas ao decidirem sobre o valor do montante indemnizatório da expropriação, sendo que tal decisão visa tornar certos um direito ou uma obrigação, não constituindo um simples arbitramento”.

Também assim no Acórdão n.º 52/92:

“E «mesmo que os tribunais arbitrais se não enquadrem na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania (CRP, artigo 205.º), nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais» (cf. o Acórdão n.º 230/86 do Tribunal Constitucional — *Diário da República*, 1.ª série, de 12 de setembro de 1986).

Com efeito, o «juiz-árbitro» desenvolve uma função jurídica pela qual declara o Direito (jurisdictio), se bem que não possa executá-lo, ao invés do que se passa com o «Juiz-funcionário». Mas pode dizer-se que «esta evidente ausência de ‘potestas’ por parte do árbitro, enquanto não representa ou encarna a organização jurídico-política do Estado, se vê compensada com a ‘auctoritas’ (cf. José Medina e José Merchán, *Tratado de Arbitraje Privado Interno y Internacional*, Madrid, 1978, p. 183). «As decisões do árbitro são verdadeiras e próprias decisões jurisdicionais, dotadas de autoridade» (cf. Carlo Guarnieri, *L’Indipendenza della Magistratura*, Pádua, 1981, p. 23).”.

Na linha da jurisprudência citada, pode considerar-se que, à luz da Constituição, os tribunais arbitrais constituem uma categoria autónoma de tribunais, exercendo também a função jurisdicional, pese embora não se possam qualificar como órgãos estaduais.

Da admissibilidade constitucional dos tribunais arbitrais retira-se que a Constituição não reserva em absoluto a função jurisdicional aos tribunais estaduais, podendo caber aqui uma margem de conformação do legislador no recurso à arbitragem como forma de resolução de conflitos.

11.3.2 — No caso que nos ocupa, a tutela jurisdicional dos direitos de propriedade industrial derivados de patentes sobre medicamentos de referência é cometida aos tribunais arbitrais. Não sendo este um domínio que suscite reservas especiais de jurisdição, tal como decorrem da Constituição, seja o exemplo da matéria penal, pode admitir-se que a forma de tutela conferida pelo legislador aos titulares de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência em face da sua (possível) afetação pela introdução no mercado de medicamentos genéricos (similares), por recurso à arbitragem para a composição dos litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, não é, *prima facie*, vedada pela Constituição.

É certo que o regime instituído pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, submetendo a arbitragem necessária a composição de litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial sobre medicamentos de referência relativamente a medicamentos genéricos, reveste especial interesse em função do direito que a final se procura

acautelar, também ele com assento constitucional, como já assinalado: o direito de propriedade industrial.

Contudo, sem prejuízo da enorme relevância dos interesses em presença e, bem assim, do direito que se visa acautelar, considera-se que a matéria em causa não convoca, só por si, a garantia de uma reserva de tutela jurisdicional exclusivamente pública (estadual), subtraindo-a de qualquer alternativa — como é o caso da justiça arbitral — para a sua garantia.

Esta primeira conclusão não permite, contudo, responder cabalmente às questões suscitadas no presente recurso de constitucionalidade, já que o recurso à arbitragem como forma de resolução de litígios — mesmo fora dos domínios exclusivamente reservados pela Constituição à justiça estadual — não deixa de convocar a atenção do juiz constitucional, mormente, como é o caso, tratando-se de arbitragem necessária. A questão colocou-se recentemente no Tribunal Constitucional quanto à instituição da arbitragem na justiça desportiva. Como se escreveu no Acórdão n.º 230/2013:

«[...] Mais problemática é a questão de saber se a cobertura constitucional dos tribunais arbitrais abrange apenas os tribunais voluntários (isto é, os instituídos por vontade dos interessados) ou também os tribunais necessários (ou seja, os impostos por lei), visto que estes implicam que os litigantes fiquem impedidos de recorrer diretamente aos tribunais ordinários que seriam competentes, podendo, por isso, pôr em causa não apenas o direito de acesso aos tribunais, mas também o princípio da igualdade (expressando esta dúvida, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª edição, Coimbra, pág. 551; Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra, 2007, pág. 17).

Todavia, o Tribunal Constitucional tem extraído do exposto reconhecimento constitucional da possibilidade de existirem tribunais arbitrais, o entendimento de que, não só os cidadãos podem, no exercício da sua autonomia de vontade, constituir tribunais arbitrais para resolução de determinados litígios, como o próprio legislador pode criá-los para o julgamento de determinada categoria de litígios, impondo aos cidadãos neles implicados o recurso necessário a essa via de composição jurisdicional de conflitos (acórdãos n.ºs 52/92, 757/95 e 262/98).

No entanto, a arbitragem necessária não releva da autonomia de vontade das partes e, nesse plano, apresenta contornos diversos dos simples tribunais arbitrais voluntários. Neste último caso, o litígio é cometido pelos interessados à decisão de árbitros, mediante uma convenção de arbitragem, desde que estejam apenas em causa interesses de natureza patrimonial ou as partes possam transacionar sobre o direito controvertido. A função jurisdicional dos tribunais arbitrais tem aqui natureza privada, na medida em que o seu fundamento imediato radica na liberdade contratual e na autonomia privada (Pedro Gonçalves, ob. cit., págs. 566 e 569). Isso explica que as partes possam determinar, por acordo, que o julgamento seja feito segundo o direito constituído ou segundo a equidade, ou por apelo à composição do litígio na base do equilíbrio dos interesses em jogo, e que só haja lugar a recurso da decisão arbitral se as partes tiverem previsto expressamente essa possibilidade e a causa não tiver sido decidida segundo a equidade ou mediante composição amigável (artigo 39.º da LAV).

Ao contrário, se por lei especial o litígio for submetido a arbitragem necessária, a decisão de recorrer à jurisdição arbitral não se baseia num negócio jurídico celebrado entre as partes, mas no ato legislativo que impõe essa forma de composição do litígio, ficando os interessados impedidos de aceder quer à jurisdição estadual, quer à arbitragem voluntária.

Como se reconheceu no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 52/92, tratando-se de um instituto diverso da arbitragem voluntária — que impede as partes de recorrerem, por sua iniciativa, a um tribunal estadual —, a imparcialidade do julgamento, que na arbitragem voluntária se mostra assegurada, em tese, pela livre concertação de vontade vertida no compromisso arbitral, postula aqui um outro tipo de garantias.»

Recordando este último aresto:

«[...] Não valem neste plano da arbitragem necessária as teses contratualistas de certa doutrina, segundo as quais, o fundamento da *auctoritas* arbitral residirá na autonomia da vontade das partes (Guasp, Rocco, Satta). O tribunal arbitral necessário é um instituto distinto, pela sua origem, do tribunal arbitral voluntário; surge em virtude de ato legislativo e não como resultado de negócio jurídico de Direito privado. Daí, o seu caráter tipicamente publicístico.

Por esse facto, a imparcialidade de julgamento, que na arbitragem voluntária poderia, em tese, mostrar-se assegurada pela livre concertação de vontades vertida no compromisso arbitral postula, aqui, um outro tipo de garantias.»

É que a situação que nos ocupa é em grande medida determinada pela imposição da justiça arbitral, não cabendo às partes essa escolha — por resultar de opção feita a montante pelo legislador —, sendo precisamente quanto a essa imposição que se dirigem as reservas formuladas pelas recorrentes na primeira questão de constitucionalidade colocada a este Tribunal.

Vejam os:

A novidade deste regime de tutela jurisdicional dos direitos de propriedade industrial derivados de patentes sobre medicamentos de referência não se prende apenas com a instituição da arbitragem necessária, mas com a específica configuração daquela tutela, pois autonomizada do procedimento administrativo conducente à autorização de introdução no mercado de medicamentos genéricos e, bem assim, do ato administrativo (patente) em que se fundam aqueles direitos de propriedade industrial.

O conflito submetido a arbitragem não é assim dirigido aos atos administrativos necessários à entrada dos medicamentos genéricos no mercado, como a concessão da Autorização de Introdução do Medicamento (AIM), a aprovação do Preço de Venda ao Público (PVP) ou a decisão de comparticipação no preço do medicamento, regulados no já citado Regime Jurídico dos Medicamentos de Uso Humano (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, alterado pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 128/2013, de 3 de setembro, com a retificação operada pela Declaração de Retificação n.º 47/2013, de 4 de novembro). Como vimos, decorre do novo artigo 23.º-A, do RJMUH, aditado também pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, que o procedimento administrativo destinado à concessão pelo INFARMED, IP, de uma autorização, ou registo, de introdução no mercado de um medicamento de uso humano tem por exclusivo objeto a apreciação da qualidade, segurança e eficácia do medicamento, excluindo-se expressamente do respetivo objeto a *apreciação da existência de eventuais direitos de propriedade industrial*.

Por outro lado, a validade da patente — também este um ato administrativo — é reservada por lei aos Tribunais judiciais. Dispõe o artigo 35.º, n.º 1, do Código da Propriedade Industrial (aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março, com as últimas alterações dadas pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho) que a (respetiva) *declaração de nulidade ou a anulação só podem resultar de decisão judicial*.

Não se pode porém ignorar que o conflito submetido a arbitragem — o meio de tutela facultado pela lei ao titular de direitos de propriedade industrial fundados em patentes de medicamentos de referência em face da pretensão de terceiros de introdução no mercado de medicamento genérico —, pese embora a sua configuração como um conflito estritamente entre particulares, apresenta dimensões que em nada são estranhas às relações jurídico-administrativas decorrentes dos direitos conferidos por via da concessão da patente sobre o medicamento de referência ou, por outro lado, da concessão da autorização de introdução no mercado do medicamento genérico.

Sendo certo que parte de diferente perspetiva, releva, todavia, a análise de Vieira de Andrade (“A proteção do direito fundado em patente no âmbito do procedimento de autorização da comercialização de medicamentos”, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 138.º, Novembro-Dezembro de 2008, n.º 3953, pp. 70 e ss., p. 81):

«Ora, a AIM, como o próprio nome indica, tem como única e principal finalidade permitir a introdução do medicamento no mercado e, até pelo esforço que exige da Administração, pressupõe uma intenção séria e atual do requerente de comercialização imediata ou a curto prazo — mesmo que o requerente não tenha uma verdadeira obrigação, tem seguramente o ónus de iniciar a comercialização, até porque, se o não fizer no prazo de três anos, haverá lugar à caducidade da autorização.

Por sua vez a patente de invenção visa assegurar o exclusivo da comercialização do produto protegido, sendo essa a sua principal razão de ser — de modo que o direito a impedir a comercialização do produto por terceiros sem o seu consentimento está incluído no conteúdo essencial do direito subjetivo fundado na patente, como direito absoluto que exige respeito universal.»

Assim, não sendo de ignorar os pontos de contacto entre a pretensão de tutela dos direitos de propriedade industrial derivados de patentes de medicamentos de referência submetida a arbitragem e os atos administrativos que, a montante e a jusante, respetivamente, fundam os direitos invocados (a patente) e habilitam o exercício de direitos conflitantes com aqueles (a autorização de introdução no mercado), ambos submetidos à jurisdição administrativa, deve ponderar-se se a tutela requerida ao tribunal arbitral não terá reflexos naqueles atos administrativos. Aliás, é o próprio legislador que vem estabelecer que *a falta de dedução de contestação ou a decisão arbitral, conforme o caso, é notificada, por meios eletrónicos, às partes, ao INFARMED, I. P., e ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, I. P., o qual procede à sua publicitação no Boletim da Propriedade Industrial* (artigo 3.º,

n.º 6, da Lei n.º 62/2011), pese embora não confira qualquer efeito à comunicação em causa relativamente ao procedimento administrativo de concessão de AIM pelo INFARMED.

Desde logo, no âmbito do próprio processo arbitral, a considerar-se a possibilidade de a defesa do demandado colocar em causa a validade da própria patente, designadamente a título reconvenicional, é de notar que assim se traz à colação matéria reservada por lei à jurisdição estadual. Estas questões não se mostram, aliás, resolvidas pela leitura dos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011. Não sem dúvidas, escreve Sofia Ribeiro Mendes:

«[...] A Lei n.º 62/2011 prevê apenas dois articulados, o que significa que, à partida, se encontra vedado ao requerido a apresentação de reconvenção, solução que se coaduna com a circunstância de o legislador ter querido excluir destas arbitragens necessárias os litígios de propriedade industrial iniciados por empresas de genéricos contra empresas de medicamentos de referência.

Já no que respeita à admissibilidade de o requerido invocar, na sua contestação, vícios referentes à patente, como seja a sua invalidade, e à competência do tribunal arbitral para conhecer dos mesmos, tal nos levanta grandes dúvidas, pois seria desprovido de sentido remeter a resolução destes litígios para a arbitragem necessária e obrigar as empresas de genéricos a ir discutir a validade da patente para o tribunal judicial competente.» (Cfr. «O Novo Regime de Arbitragem Necessária de Litígios Relativos a Medicamentos de Referência e Genéricos (alguns problemas)», in Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 1005-1037, pp. 1026-1027).

Depois, porque, caso sejam reconhecidos, na arbitragem, os direitos de propriedade industrial invocados e condenado o demandado a respeitá-los, isto é, a não comercializar o medicamento em causa, para mais não conferindo a lei efeitos suspensivos ao processo arbitral, afigura-se, tal como decorre estritamente do regime legal vigente, possível (se ainda não decidida) ou intocada na sua validade (se, entretanto, decidida) a concessão de autorização (administrativa) de introdução no mercado de medicamento genérico, pelo que o cumprimento da sentença arbitral, ao determinar o não exercício, pelo demandado, dos direitos conferidos por este ato administrativo, concorre necessariamente para esvaziar a autorização de introdução no mercado dos únicos efeitos a que se destina e, no limite, para a respetiva caducidade (é que a não comercialização do medicamento por um período de três anos tem por consequência a caducidade do respetivo ato autorizativo).

Acresce que se afigura redutor conceber o litígio a arbitrar como uma questão puramente de direito privado, exclusivamente reportada aos interesses dos particulares litigantes, em torno das pretensões discrepantes dos direitos exclusivos derivados da patente, por um lado, e a iniciativa económica de exercício de direitos de comercialização que possam com aqueles contender, por outro lado.

Vieira de Andrade configura os direitos em presença como direitos fundamentais, previstos e protegidos pela Constituição portuguesa, convocando, do mesmo passo, relevantes interesses públicos e privados. Assim:

«[...] Desde logo, o problema convoca o relacionamento e o conflito entre direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, consagrados na Constituição portuguesa, como na generalidade dos sistemas jurídicos europeus e na ordem internacional — o direito de propriedade industrial, de um lado, e a liberdade de exercício da atividade económica, do outro.

Acresce que, no domínio em causa, esse conflito se manifesta num embate entre interesses públicos de primeira grandeza e entre interesses privados especialmente relevantes para o bem-estar e a qualidade de vida das pessoas.

Por um lado, a promoção da investigação e da inovação em matéria de produtos farmacêuticos, absolutamente vital para a promoção e defesa da saúde pública, ao implicar a proteção da confiança e dos investimentos realizados pela iniciativa privada, justifica e reforça a proteção normativa da propriedade das respetivas patentes, através do reconhecimento efetivo do monopólio da primeira exploração.

Por outro lado, a necessidade de redução dos custos da saúde e a importância do desenvolvimento de um mercado de medicamentos mais acessíveis para os cidadãos e mais baratos para o Estado, ao aconselhar o aumento da concorrência entre as empresas farmacêuticas e a diminuição de exclusivos de facto, fortalece a liberdade de comercialização, designadamente dos medicamentos genéricos.[...]» (cf. ob. cit., pp. 70-71).

E, mais à frente, escreve o Autor:

«[...] É da perspetiva da proteção do direito de patente, enquanto direito fundamental constitucionalmente consagrado, com força nor-

mativa irradiante sobre a lei e a administração, que vamos analisar a relação jurídica subjacente ao procedimento administrativo de introdução de medicamentos no mercado — embora sem esquecer que a patente, pelo exclusivo que por natureza comporta, exprime uma supremacia estabelecida e, portanto, um *limite* à liberdade de exercício da atividade económica, também ela um direito fundamental com assento constitucional.

A ótica justifica-se, quer pela necessidade de responder em primeira linha à questão posta, quer por ser esse o enquadramento adequado para a solução do problema no contexto da ordem jurídica nacional.

Percebe-se que a perspetiva possa ser outra no sistema jurídico da União Europeia, em que os valores de referência são os da concorrência e da liberdade de exercício da actividade económica no espaço europeu, não havendo uma legislação comunitária em matéria de patentes.

Aí, o exclusivo derivado da patente é visto como uma *restrição* quantitativa dos valores comunitários da liberdade e da concorrência, ou como “medida de efeito equivalente” — uma restrição que, no entanto, se justifica com base na exceção de *proteção da propriedade industrial*, concebida como um *valor nacional* reconhecido na União Europeia no âmbito da garantia do direito de propriedade intelectual, enquanto princípio comum à generalidade dos Estados membros.

Já no contexto do sistema jurídico nacional o ponto de vista não pode ser esse, seja na medida em que os direitos de propriedade e de liberdade surgem a par, necessariamente integrados no contexto normativo mais rico e denso do estatuto pessoal de cidadania, seja até porque o direito de patente, enquanto direito fundamental de propriedade, surge na Constituição portuguesa com uma proteção mais densa que a liberdade de iniciativa económica, na medida em que está sujeito a menos limitações normativas — circunstância que, para alguma doutrina alemã e nacional, inculca até uma *prevalência dos direitos constitucionalmente menos limitados* em caso de ponderação, no quadro metódico de resolução de um conflito normativo.

Talvez por isso se possa sustentar, entre nós, que, da perspetiva do direito constitucional nacional, ao contrário do que se entende no direito comunitário, a “utilização livre” de uma invenção deva ser encarada como uma *restrição* do direito fundamental de autor — que, por isso, só é admissível se e na medida em que for justificada para a salvaguarda de interesses comunitários, estando submetida aos limites constitucionais da adequação, necessidade e proporcionalidade das normas restritivas [...]» (cf. *idem*, pp. 72-73).

11.3.3 — Em face do que antecede, considera-se que a tutela dos direitos de propriedade industrial derivados de patentes sobre medicamentos de referência, seja pela fundamentalidade dos direitos envolvidos e, bem assim, dos interesses públicos que subjazem aos títulos ou autorizações em que se baseiam, seja pelas implicações com os atos administrativos acima referidos, sem prejuízo de não se reportar a matéria exclusivamente reservada aos tribunais estaduais — e assim se admitindo por princípio a respetiva arbitrabilidade — não deixa de convocar algumas garantias a observar no acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva em face da imposição de recurso à arbitragem como mecanismo de tutela desses direitos.

Nesta sequência, considera-se caber *in casu* o entendimento seguido na jurisprudência exarada nos Acórdãos n.ºs 230/13 e 781/13, pese embora referida à justiça desportiva, de modo a admitir-se a conformidade constitucional da imposição pelo legislador de um regime de arbitragem (*necessária*) neste domínio *se e enquanto* garantida a intervenção de tribunal estadual.

Esse entendimento foi assim sintetizado no Acórdão n.º 781/13:

«[...] Sobre a atribuição à jurisdição arbitral necessária do TAD de competência para conhecer litígios que têm por objeto atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício de poderes regulamentares, disciplinares e outros de natureza pública, concedidos por efeito da delegação de poderes efetuada pela atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva e para conhecer dos recursos das deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações desportivas ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem (litígios antes sujeitos à jurisdição administrativa), pronunciou-se o Tribunal Constitucional no já referido Acórdão n.º 230/2013, aquando da apreciação preventiva da constitucionalidade de norma do Decreto n.º 128/XII.

Entendeu o Tribunal Constitucional que «a criação de tribunais arbitrais não pode deixar de se encontrar preordenada a outros princípios constitucionais e, de entre estes, à garantia de acesso aos tribunais e à garantia de reserva de jurisdição» e que a submissão de litígios a uma jurisdição arbitral, como prevê o n.º 2 do artigo 209.º da CRP, «não significa que o recurso a um tribunal estadual não seja ainda a

principal via de acesso ao direito e que não possam ser estabelecidos, com base nessa reserva de jurisdição, certos limites à constituição de tribunais arbitrais.»

Sublinhou, por outro lado, que embora no domínio do contencioso administrativo a possibilidade de recurso à arbitragem não seja inteiramente estranha aos litígios que envolvam o exercício de poderes de autoridade da Administração, a solução preconizada na Lei do TAD distingue-se porque prevê «a arbitragem necessária como único meio de resolução dos litígios e não contém qualquer exceção relativamente aos atos administrativos que poderão ser objeto de apreciação em tribunal arbitral, na medida em que abrange todos os atos praticados no exercício de poderes de autoridade, incluindo os atos sancionatórios [...]».

Admitindo que, fora dos casos individualizados na Constituição em que há lugar a uma reserva absoluta de jurisdição, o direito de acesso aos tribunais poderá ser assegurado apenas em via de recurso, caso em que se poderá falar numa reserva relativa de jurisdição ou reserva de tribunal, o Tribunal identificou especiais dificuldades porque «estamos perante uma forma de arbitragem necessária e a autoridade administrativa implicada no processo arbitral é uma entidade privada que apenas intervém na execução de uma tarefa de interesse público por efeito da transferência do exercício de poderes pertencentes a uma entidade pública e que, apesar da transferência, se mantém na sua titularidade».

Considerou o Tribunal Constitucional não ser «aceitável, num primeiro relance, que o Estado delegue poderes de autoridade numa entidade privada, operando por essa via uma privatização orgânica da Administração relativamente ao exercício de uma certa tarefa pública, e simultaneamente renuncie também a qualquer controlo jurisdicional de mérito, através de tribunais estaduais, quanto às decisões administrativas que sejam praticadas no quadro jurídico dessa delegação de competências.»

E que, em tese geral, «a exigência de previsão de um meio de recurso para um tribunal estadual, no quadro da arbitragem necessária, torna-se mais evidente, no plano jurídico-constitucional, quando não estão em causa meras relações de direito privado, nem meras relações jurídicas administrativas em que as partes se encontrem em situação de paridade, mas antes relações jurídicas que decorrem do exercício de poderes de autoridade.»

Entendeu-se que, para além disso, a circunstância de estarem implicados poderes de autoridade que resultam de uma transferência de responsabilidade no exercício de uma certa tarefa pública, de que o Estado é ainda o titular e por cuja execução continua a ser o garante, justifica que se invoque uma reserva relativa de juiz que proporcione aos tribunais estaduais a última palavra na resolução de litígios que resultem dessa intervenção administrativa delegada.»

E que «ainda que os tribunais arbitrais constituam uma categoria de tribunais e exerçam a função jurisdicional, não pode perder-se de vista que essa é uma forma de jurisdição privada, que, no caso do Tribunal Arbitral do Desporto, é imposta obrigatoriamente aos potenciais lesados por decisões unilaterais praticadas por entidades desportivas no exercício de poderes de autoridade.»

Concluiu o Tribunal Constitucional que o «direito fundamental de acesso aos tribunais constitui tendencialmente uma garantia de acesso a tribunais estaduais em resultado da necessária conexão entre esse direito e a reserva de jurisdição, que apenas poderá caracterizar uma reserva de jurisdição arbitral quando o acesso ao tribunal arbitral seja livre e voluntário. Ademais, a intervenção de órgãos judiciais do Estado torna-se particularmente exigível quando se trate de assegurar, no quadro regulatório da atuação de entidades privadas investidas em poderes públicos, a sua vinculação à lei e aos princípios materiais de juridicidade administrativa, e, desse modo, também, a adequada fiscalização do desempenho da tarefa pública que lhes incumbe.»

Concluiu, ainda, que neste contexto a irrecorribilidade das decisões arbitrais «representa uma clara violação do direito de acesso aos tribunais, não apenas por se tratar de decisões adotadas no âmbito de uma arbitragem necessária, mas também pela natureza dos direitos e interesses em jogo e pelo facto de estar em causa o exercício de poderes de autoridade delegados.»

Clarificando, depois, que o direito fundamental de acesso aos tribunais impõe que as partes possam discutir num tribunal estadual o mérito da decisão arbitral e que a restrição do direito de acesso aos tribunais resulta «da insuficiência dos mecanismos de acesso à justiça estadual, na medida em que não se contempla um mecanismo de reexame perante um órgão judicial do Estado relativamente às situações comuns em que o particular pretenda discutir a decisão que se pronuncia sobre o fundo da causa ou que ponha termo ao processo».

Decorre, assim, da jurisprudência do Acórdão n.º 230/2013 que pode ser atribuída à jurisdição arbitral necessária do TAD competência para conhecer litígios que têm por objeto atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do

exercício de poderes regulamentares, disciplinares e outros de natureza pública, concedidos por efeito da delegação de poderes efetuada pela atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva e para conhecer dos recursos das deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações desportivas ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem, desde que se contemplem mecanismos que proporcionem aos tribunais estaduais a última palavra na resolução desses litígios.[...].»

Cumpra observar que o regime legal que nos ocupa contém expressa previsão da intervenção de tribunal judicial a título de recurso da decisão arbitral (de mérito). Assim dispõe o n.º 7 do artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011: «Da decisão arbitral cabe recurso para o Tribunal da Relação competente, com efeito meramente devolutivo».

Pode daqui retirar-se que o legislador instituiu um mecanismo de reexame da decisão arbitral perante um órgão judicial do Estado, permitindo ao particular discutir a decisão arbitral que se pronunciou sobre o fundo da causa ou que, sem conhecer deste, pôs termo ao processo arbitral, junto do Tribunal da Relação competente, a quem caberá a última palavra na resolução dos litígios submetidos à jurisdição arbitral necessária. Assim sendo, em certa medida, o regime de arbitragem necessária em análise (decorrente da norma inserta no artigo 2.º da Lei n.º 62/2011) vai ao encontro das garantias assinaladas na jurisprudência citada.

Prevalecem-nos do Acórdão n.º 230/13:

«[...]»

A possibilidade de institucionalizar formas de composição não jurisdicional de conflitos, nos termos do n.º 4 desse mesmo artigo 202.º, e de submissão de litígios a uma jurisdição arbitral, como prevê o n.º 2 do artigo 209.º, não significa que o recurso a um tribunal estadual não seja ainda a principal via de acesso ao direito e que não possam ser estabelecidos, com base nessa reserva de jurisdição, certos limites à constituição de tribunais arbitrais.

E deverá ter-se presente que o direito de acesso aos tribunais, como direito fundamental correlacionado com a reserva da função jurisdicional, é também ele um “corolário lógico da tendencial resolução dos conflitos através de tribunais estaduais”. A este propósito Pedro Gonçalves observa que a garantia do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, é a do «direito de acesso a tribunais estaduais, não tendo sentido dizer-se que ali se garante o acesso a tribunais a constituir por iniciativa dos interessados. O que a instituição de tribunais arbitrais voluntários representa, ou pode representar, é a voluntária renúncia ao direito de acesso aos tribunais do Estado» (ob. cit., pág. 565, nota 450).

A admitir-se esta asserção como válida para os tribunais arbitrais voluntários, por maioria de razão ela é aplicável aos tribunais arbitrais necessários, visto que a criação destes tribunais resulta de imposição legal e impede os interessados de recorrerem ao tribunal da ordem judiciária comum que seria normalmente competente para dirimir o conflito. E é nesse sentido que aponta o autor agora citado quando refere que «o facto de a Constituição incluir os tribunais arbitrais nas categorias de tribunais não assegura a constitucionalidade dos tribunais arbitrais necessários em todos os casos: só é pensável admitir a imposição da composição arbitral quando não se encontra vedado o acesso aos tribunais estaduais, hipótese que só se verifica se não estiver excluída a possibilidade de recurso da decisão arbitral para aqueles tribunais» (ob. cit., pág. 573).[...].»

Na linha da jurisprudência constitucional citada, a arbitragem necessária no domínio que nos ocupa não se mostrará desconforme com a garantia decorrente do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, na medida em que se encontra assegurada a intervenção de tribunal estadual na reapreciação das decisões proferidas quanto à questão de fundo na justiça arbitral.

11.3.4 — Não obstante, a questão colocada pela interpretação normativa recorrida nos presentes autos não se esgota nesta dimensão da arbitragem necessária quanto a questões de fundo, reportando-se antes à arbitragem necessária no tocante a providências cautelares. Assim sendo, não pode ser transposta, sem mais, a jurisprudência constitucional citada para o efeito da ponderação das questões colocadas pela dimensão normativa equacionada nos presentes autos.

Ademais, é de assinalar que da interpretação conjugada do n.º 7 do artigo 3.º da Lei n.º 62/2011, que prevê a garantia de recurso para Tribunal estadual, com o artigo 2.º, da mesma Lei, segundo o qual a imposição do ónus de recurso à arbitragem necessária como único meio de composição de litígios emergentes da invocação de direitos de patente, relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos, inequívoca e expressamente abrange as providências cautelares, decorre que a previsão do recurso da decisão arbitral para o tribunal estadual competente abrangerá, além das decisões de mérito quanto à questão de fundo, também as decisões proferidas a título cautelar pelo tribunal arbitral necessário — assim se assegurando a intervenção de tribunal estadual na

sua reapreciação em conformidade com a garantia decorrente do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva.

11.3.5 — Ora, da interpretação do Tribunal *a quo* recorrido, ao confirmar a decisão de 1.ª instância que teve por verificada a exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral necessário, decorre que as providências cautelares solicitadas só poderiam ter lugar no quadro do tribunal arbitral necessário. Este entendimento é expressamente afirmado na seguinte passagem do aresto ora recorrido (fls. 1100):

«Por fim, quanto à pretensão das recorrentes/requerentes de lhes ser garantido o acesso ao Tribunal Judicial para decretamento da providência, nos termos do art.º 29.º da Lei n.º 63/2011, tal pretensão, de acordo com o disposto no art.º 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12.12, não pode ser acolhida porque todos os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos, estão sujeitos a arbitragem obrigatória

Daí a sentença recorrida ter decidido pela verificação da exceção dilatória da preterição do tribunal arbitral, tendo absolvido as recorrentes/requeridas da instância.»

E é esta a questão determinante do presente recurso.

Com efeito, a decisão judicial recorrida, em face da pretensão de acesso a tribunal judicial especializado — o Tribunal da Propriedade Intelectual — para decretamento de providências cautelares, confirma o entendimento professado em 1.ª instância de preterição de Tribunal arbitral necessário, termos em que absolve a requerida da instância. O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu assim desfavoravelmente, em recurso, a pretensão das ora recorrentes de obtenção de tutela cautelar por Tribunal judicial dos direitos decorrentes de patente industrial relativa a medicamentos de referência, pronunciando-se do mesmo passo sobre as questões de constitucionalidade suscitadas no recurso que lhe foi presente. E fê-lo nos seguintes termos (cf. fls. 1096-1099):

«Alegam as recorrentes que as normas constantes dos art.ºs 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011 são materialmente inconstitucionais se interpretadas no sentido do titular de direito de propriedade industrial apenas poder recorrer à arbitragem necessária, no prazo de trinta dias a contar da publicação referida no Estatuto do Medicamento, precludindo definitivamente o recurso direto ao Tribunal Judicial, não sendo a celeridade reclamada contra a violação das patentes não compatível com a morosidade do procedimento no Tribunal Arbitral.

Como se disse, no caso dos autos, e conforme as recorrentes/requerentes referem, estão em causa atos de comercialização de medicamentos genéricos, atos esses que no entender das mesmas violam os seus direitos de propriedade industrial.

Cita-se, a propósito da invocada inconstitucionalidade material das normas constantes dos art.ºs 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12.12, o Ac. do TC n.º 2/2013, de 09.01.13, disponível in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), onde se fez constar, designadamente: “[...] deve partir-se do direito fundamental de acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, que a todos assegura o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 20.º, n.ºs 1 e 5, da CRP), de que a garantia aos administrados de uma tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas (artigo 268.º, n.º 4) não é mais do que a sua concretização no plano da jurisdição administrativa.

Não poderá deixar de ser aqui considerado, em especial, o regime de composição de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos instituído pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, submetendo-os a arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada.

Esta é a forma de tutela conferida pelo legislador aos titulares de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência em face da sua (possível) afetação pela introdução no mercado de medicamentos genéricos (similares), onerando-os com o recurso à arbitragem para a composição dos litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial.

Não cabendo aqui a apreciação da opção legislativa em causa, releva, porém, a consideração da justiça arbitral, quer voluntária, quer necessária, como comungando de características próprias da função jurisdicional, refletidas numa vasta produção jurisprudencial deste Tribunal, dirigida embora a regimes diversos do que nos ocupa.

Assim, no Acórdão n.º 259/97: “O Tribunal Constitucional tem, a este respeito, elaborado uma jurisprudência impressiva. Como se salientou no Acórdão n.º 757/95 — publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 27 de março de 1996 — já por diversas vezes se afirmou

(cf., acórdãos nos. 419/87 e 98/88, publicados naquele jornal oficial, 2.ª série, de 5 de janeiro de 1988 e 22 de agosto seguinte, respetivamente) que “embora a administração da justiça caiba em exclusivo aos tribunais, tal não significa que esse exclusivo respeita apenas aos tribunais estaduais; abrange também os tribunais arbitrais que, não podendo considerar-se órgãos de soberania, são verdadeiros tribunais” (cf., entre outros, os acórdãos n.ºs 230/86 e 33/88, respetivamente publicados no *Diário da República*, 1.ª série, de 12 de setembro de 1986 e 22 de fevereiro de 1988).

Não dando o texto constitucional uma definição de “tribunal”, há de esta radicar-se na natureza das funções que exerce, no seu caráter jurisdicional (cf., Acórdão n.º 289/86, publicado no Diário citado, 2.ª série, de 7 de janeiro de 1987), e no estatuto de independência e imparcialidade de quem desempenha tais funções.

Os árbitros [...] compõem um conflito entre entidades privadas e públicas ao decidirem sobre o valor do montante indemnizatório da expropriação, sendo que tal decisão visa tomar certos um direito ou uma obrigação, não constituindo um simples arbitramento”.

Também assim no Acórdão n.º 52/92: “E «mesmo que os tribunais arbitrais se não enquadrem na definição de tribunais enquanto órgãos de soberania (CRP, artigo 205.º), nem por isso podem deixar de ser qualificados como tribunais para outros efeitos constitucionais, visto serem constitucionalmente definidos como tais e estarem constitucionalmente previstos como categoria autónoma de tribunais» (cf. o Acórdão n.º 230/86 do Tribunal Constitucional — *Diário da República*, 1.ª série, de 12 de setembro de 1986).

Com efeito, o «juiz-árbitro» desenvolve uma função jurídica pela qual declara o Direito (jurisdiction), se bem que não possa executá-lo, ao invés do que se passa com o «Juiz-funcionário». Mas pode dizer-se que «esta evidente ausência de ‘potestas’ por parte do árbitro, enquanto não representa ou encama a organização jurídico-política do Estado, se vê compensada com a ‘auctoritas’ (cf. José Medina e José Merchán, *Tratado de Arbitraje Privado Interno y Internacional*, Madrid, 1978, p. 183). «As decisões do árbitro são verdadeiras e próprias decisões jurisdicionais, dotadas de autoridade» (cf. Carlo Guarnieri, *L’Indipendenza della Magistratura*, Pádua, 1981, p. 23).”

O regime instituído pela Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, submete, como vimos, a arbitragem necessária a composição de litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, cabendo recurso para o Tribunal da Relação competente da decisão arbitral proferida, com efeito meramente devolutivo (cf. artigo 3.º, n.º 7).[...].”

Daqui decorre que os art.ºs 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011 não são inconstitucionais, não violando o acesso ao direito e aos tribunais, consagrado no art.º 20.º, n.º 1 da CRP que garante a todos, o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, nem o art.º 268.º, n.º 4 da CRP, que é uma manifestação do princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrada no art.º 20.º, n.º 1, quando consagra que: “4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas. “

Pode, pois, dizer-se que se revela “assegurada a tutela jurisdicional efetiva através, designadamente, da arbitragem necessária dos litígios emergentes da invocação daqueles direitos, com recurso para os tribunais cíveis e de um eficaz sistema de publicitação de todos os pedidos de AIM de medicamentos genéricos, ou registo (art.ºs 2.º e 3.º daquela lei e art.º 15.º-A do EM)”, tal como decidiu o STA no Ac. datado de 09.01.13, in Proc. 771/12, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

Inexiste, assim, qualquer restrição das recorrentes/requerentes no acesso à tutela jurisdicional efetiva, sendo que a dos tribunais judiciais se mostra assegurada através do direito ao recurso para os Tribunais da Relação — cf. art.º 3.º, n.º 7 da Lei n.º 62/2011 — e à anulação das decisões arbitrais — cf. art.ºs 46.º e 59.º, n.º 1-f) e g) da Lei n.º 63/2011 — com a possibilidade de sindicância destas por parte dos tribunais do Estado, sendo que, relativamente à execução coercivamente para cumprimento da medida cautelar decretada por tribunal arbitral, deve o requerente, se ela não for cumprida voluntariamente, pedir ao juiz, estadual a sua execução nos termos do art.º 27.º, n.º 1 da LAV.

Quanto à necessidade de existir uma resposta célere à necessidade de evitar e/ou cessar uma violação de um direito e ainda acautelar o efeito útil da ação principal e o facto das providências cautelares terem de ser cumpridas e executadas, imediatamente, a exigirem que estas corram em Tribunais Judiciais, dotados de *ius imperi*, o que as recorrentes invocam, como supra se referiu a questão da ausência de *ius imperii* por parte dos tribunais arbitrais não é impeditiva da competência destes não sendo, seguramente, motivo válido para

considerar monopólio dos tribunais do Estado o decretamento de medidas cautelares no âmbito das questões arbitráveis. Por outro lado, o facto de em arbitragem todas as providências serem inominadas é reflexo de que em arbitragem o que importa é que a solução a dar ao litígio seja eficaz e oportuna, seja qual for a natureza e o alcance da medida pretendida, assim se assegurando a devida celeridade e o efeito útil da ação principal.»

Como se pode ver a partir da leitura do Acórdão recorrido, a análise ali feita das questões de constitucionalidade suscitadas pelas ora recorrentes prevalece-se, fundamentalmente, dos elementos normativos retirados do plano infraconstitucional — e assim o excurso pelo novo regime da arbitragem voluntária — e, bem assim, da passagem do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 2/2013 que transcreve, de modo a concluir que inexistente restrição ao direito de acesso aos Tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, acautelado este direito pelo regime de arbitragem necessária instituído.

Deste modo, para o Tribunal recorrido, a admissibilidade — no plano infraconstitucional — da arbitrabilidade das providências cautelares, a partir do regime legal da arbitragem voluntária, e, bem assim, a possível intervenção dos tribunais estaduais — decidindo, em recurso, sobre as decisões arbitrais de fundo, ou apreciando os pedidos de impugnação das mesmas, ou, quanto às providências cautelares, conferindo execução coerciva às respetivas decisões arbitrais — parecem ser razão suficiente para as admitir no regime que nos ocupa.

11.3.6 — Ora, na parte que agora releva — a arbitragem necessária em sede cautelar — as questões convocadas vão para além da análise feita pelo Tribunal recorrido, já que se trata, *in casu*, de uma arbitragem necessária, que retira *a priori* a faculdade de recurso aos tribunais judiciais para a apreciação dos direitos envolvidos. A interpretação normativa perfilhada pelo tribunal recorrido, na medida em que entende estar vedada a faculdade de recurso aos tribunais judiciais para o decretamento de providências cautelares, corrobora esta asserção.

No entanto, sendo também constitucionalmente devida a tutela judicial em processo cautelar, deve ponderar-se se a mesma resulta adequada e suficientemente acautelada na aplicação do regime normativo sindicado (na interpretação que lhe foi conferida no acórdão recorrido). Já acima entendemos que não se afigura admissível que o Estado se autoexclua integralmente do exercício da função jurisdicional, para efeitos de proteção dos direitos de propriedade industrial relativos a medicamentos de referência fundados em patentes. Cumpre agora ponderar se à tutela cautelar destes direitos — não obstante a provisoriedade ou instrumentalidade que a possam informar — são constitucionalmente devidas garantias que assegurem a intervenção de tribunal estadual para além da já referida intervenção para apreciar, em sede de recurso, a decisão cautelar proferida por tribunal arbitral necessário (*supra*, 11.3.4).

12 — A questão é nova na jurisprudência constitucional portuguesa. Com efeito, a atenção deste Tribunal não foi até à data especificamente dirigida à arbitragem (necessária) em sede cautelar. Mesmo em face do único regime normativo vigente que expressamente determina a arbitragem necessária para o decretamento de providências cautelares — a Lei do Tribunal Arbitral do Desporto (artigo 41.º, em especial n.ºs 2 e 3) — a questão foi apenas aflorada no Acórdão n.º 230/13 quanto a uma disposição do Decreto n.º 128/XII que não chegou a ser sufragada na versão aprovada e publicada do diploma, sendo que, de todo o modo, e como aliás assinalado no voto de vencido exarado pela Conselheira Maria João Antunes, naqueles autos «não foi questionada a conformidade constitucional de normas relativas [...] ao regime processual aplicável às providências cautelares».

Para a análise desta questão, importa ponderar, para além das considerações já tecidas sobre a arbitragem necessária em geral, as questões atinentes à arbitrabilidade das providências cautelares (e a sua concretização no ordenamento jurídico positivo) e aos limites inerentes à natureza dos tribunais arbitrais que se possam projetar sobre o exercício da justiça cautelar e assim consubstanciar uma limitação ou diminuição da tutela requerida em sede cautelar em face das garantias decorrentes do artigo 20.º, números 1 e 5, da Constituição.

12.1 — Cumpre primeiramente advertir que a questão da arbitrabilidade das providências cautelares se tem revelado especialmente controversa.

12.1.1 — No silêncio da anterior Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de agosto), a doutrina e jurisprudência questionavam a competência dos Tribunais arbitrais em sede cautelar, tendo parte daquela e a maioria desta entendido mesmo que apenas os tribunais estaduais podiam decretar medidas cautelares (sobre o assunto, vd. Mariana França Gouveia, «A Competência Cautelar do Tribunal Arbitral, em especial as providências executivas e as *antissuit injunctions*», in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 861-892, p. 861 e Armindo Ribeiro Mendes, “As medidas cautelares e o processo arbitral (algumas notas)” in *Revista*

Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano 2009, Associação Portuguesa de Arbitragem, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 57-113).

Do direito comparado, os exemplos são heterogêneos. Da proibição de emanção de providências cautelares por tribunais arbitrais vigente na Argentina, na China, no Chile até 2004 e na Áustria até 2006, os exemplos mais próximos são-nos nos dados pelo artigo 818.º, do Código de Processo Civil italiano, mesmo após a revisão operada em 2006, no qual se dispõe que: «*Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge*» e pelo artigo 22.º, § 4, da Lei de Arbitragem do Brasil de 1996, ao prever que o tribunal arbitral requeira ao órgão judiciário que seria originariamente competente para julgar a causa, a emissão das medidas coercitivas ou cautelares necessárias. Por outro lado, contamos também com a possibilidade de os tribunais arbitrais decretarem medidas cautelares, com alcance e condições diversas, em vários ordenamentos jurídicos, como é o caso, designadamente, de Inglaterra, Alemanha, Rússia, Irlanda, Suécia, Áustria (depois de 2006), Holanda e Espanha (sobre o tema, em geral e com maior desenvolvimento, vd. Armindo Ribeiro Mendes, “As medidas cautelares e o processo arbitral (algumas notas)”, cit., pp. 66-77).

Entre nós, pese embora a abertura de parte da doutrina à arbitrabilidade das medidas cautelares, mesmo antes de expressa consagração legal (vd., por exemplo, Paula Costa e Silva, “A Arbitrabilidade das decisões cautelares”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2003, 63 — Vol. I/II — Abr. 2003, disponível em [www.oa.pt](http://www.oa.pt); Armindo Ribeiro Mendes, “As medidas cautelares e o processo arbitral”, cit.), eram assinalados limites a essa competência cautelar dos tribunais arbitrais. Entendia José Lebre de Freitas (“Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem” in Estudos sobre Direito Civil e Direito Processual, vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 549-566, p. 549), analisando a Lei da Arbitragem Voluntária então vigente: «No campo do direito disponível (art. 1-1 da LAV), é admissível que as partes acordem, para dirimir os conflitos entre elas, no recurso a tribunais arbitrais. Consagrados no art. 209-2 da Constituição da República, estes tribunais são, porque constituídos por particulares, destituídos de *ius imperii*, não tendo competência executiva (cf. Art. 30 LAV) nem podendo decretar providências cautelares, a não ser, quanto a estas últimas, quando se trate de medidas, expressamente previstas na convenção de arbitragem, que, em conformidade com o art. 381-1 CPC, apenas visem a antecipação provisória da decisão definitiva».

Acresce sublinhar que o tratamento destas questões é genericamente efetuado por referência à arbitragem voluntária, o que implica particular cautela na sua transposição para os casos (como o que nos aqui ocupa) de arbitragem necessária.

12.1.2 — A questão da arbitrabilidade das medidas cautelares foi entre nós dirimida com a aprovação da nova Lei da Arbitragem Voluntária — publicada em anexo à Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro — a qual veio expressamente consagrar a competência dos Tribunais arbitrais para o decretamento de providências cautelares, ainda que com limites e especificidades.

Como fonte de inspiração da lei portuguesa, refira-se a Lei-Modelo aprovada em 1985 no seio da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) e revista em 2006 (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006*), que assim dispõe no seu capítulo IV-A, em especial, nos artigos 17.º e 17.º-A (disponível em [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf)):

«CHAPTER IV A. INTERIM MEASURES AND PRELIMINARY ORDERS

(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

Section 1. Interim measures

Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.

(2) An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to:

(a) Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute;

(b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself;

(c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or

(d) Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.

Article 17 A. Conditions for granting interim measures

(1) The party requesting an interim measure under article 17(2) (a), (b) and (c) shall satisfy the arbitral tribunal that:

(a) Harm not adequately reparable by an award of damages is likely to result if the measure is not ordered, and such harm substantially outweighs the harm that is likely to result to the party against whom the measure is directed if the measure is granted; and

(b) There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination

(2) With regard to a request for an interim measure under article 17(2)(d), the requirements in paragraphs (1)(a) and (b) of this article shall apply only to the extent the arbitral tribunal considers appropriate.»

O novo regime da arbitragem voluntária (aprovado pela citada Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro) prevê que as providências cautelares passam a poder ser decretadas pelo próprio Tribunal arbitral ou pelo Tribunal estadual, mediante escolha do requerente. Com efeito, nos termos do artigo 20.º da Lei da Arbitragem Voluntária está previsto, «salvo estipulação em contrário», o poder de o Tribunal arbitral decretar as providências cautelares que considere necessárias ao litígio (artigo 20.º, n.º 1), o qual exercerá «a pedido de uma das partes e ouvida a parte contrária» (idem).

Para os efeitos de aplicação da lei, o n.º 2 do mesmo artigo define providência cautelar como «uma medida de caráter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de proferir a sentença que venha a dirimir o litígio, o tribunal arbitral ordena a uma parte que:

a) Mantenha ou restaure a situação anteriormente existente enquanto o litígio não for dirimido;

b) Pratique atos que previnam ou se abstenha de praticar atos que provavelmente causem dano ou prejuízo relativamente ao processo arbitral;

c) Assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença subsequente possa ser executada;

d) Preserve meios de prova que possam ser relevantes e importantes para a resolução do litígio.»

Contudo, não obstante o litígio ter sido submetido a arbitragem (voluntária), verifica-se que os Tribunais estaduais conservam a sua competência cautelar no âmbito de processos arbitrais, prevendo-se mesmo no artigo 29.º, n.º 1 da LAV que «os tribunais estaduais têm poder para decretar providências cautelares na dependência de processos arbitrais, independentemente do lugar em que estes decorram, nos mesmos termos em que o podem fazer relativamente aos processos que corram perante os tribunais estaduais».

Essa competência será exercida antes ou durante o processo arbitral. Nos termos do artigo 7.º da LAV não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal.

Por outro lado, o artigo 27.º, n.º 1, da LAV prevê a colaboração dos tribunais judiciais para efeitos da execução coerciva das providências cautelares, decorrente do princípio da competência meramente declarativa dos Tribunais arbitrais, dispondo que «uma providência cautelar decretada por um tribunal arbitral é obrigatória para as partes e, a menos que o tribunal arbitral tenha decidido de outro modo, pode ser coercivamente executada mediante pedido dirigido ao tribunal estadual competente». Os motivos de recusa, pelo Tribunal estadual, da execução coerciva das medidas cautelares decretadas na justiça arbitral estão elencados no artigo 28.º da LAV, estabelecendo-se ainda que «o tribunal estadual ao qual seja pedido o reconhecimento ou a execução de providência cautelar, ao pronunciar-se sobre esse pedido, não deve fazer uma revisão do mérito da providência cautelar» (cf. n.º 2 do artigo 28.º). Do novo regime da arbitragem voluntária decorre também que a competência dos Tribunais arbitrais para o decretamento de providências cautelares não abrange as medidas cautelares *ex parte*, já que o contraditório está expressamente previsto no citado artigo 20.º, n.º 1. Com efeito, nos termos da nova LAV, as providências cautelares só podem ser decretadas pelo tribunal arbitral, «a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária».

Assim, as decisões cautelares tomadas pelos árbitros são proferidas após a audição das partes, pese embora a nova LAV também consagrar a possibilidade de emissão, a título cautelar, das designadas «ordens preliminares», nas quais se dispensa a audição do requerido. Fê-lo, contudo, em termos muito limitados, com vista a acatular as próprias providências cautelares, como decorre dos números 1 e

2 do artigo 22.º: «1 — Salvo havendo acordo em sentido diferente, qualquer das partes pode pedir que seja decretada uma providência cautelar e, simultaneamente, requerer que seja dirigida à outra parte uma ordem preliminar, sem prévia audiência dela, para que não seja frustrada a finalidade da providência cautelar solicitada. 2 — O tribunal arbitral pode emitir a ordem preliminar requerida, desde que considere que a prévia revelação do pedido de providência cautelar à parte contra a qual ela se dirige cria o risco de a finalidade daquela providência ser frustrada.»

Servindo as ordens preliminares tão só para que não seja frustrada a finalidade das providências cautelares, são requeridas em conjunto com estas, caducam no prazo de vinte dias (artigo 23.º, n.º 4, da nova LAV) e são insuscetíveis de execução coerciva (artigo 23.º, n.º 5, idem).

Por último, é de sublinhar que, nos termos da lei, especialmente tendo em conta o disposto no n.º 4 do artigo 27.º e no n.º 2 do artigo 28.º do regime em análise, a sentença do Tribunal arbitral quanto à providência cautelar não é recorível.

Assim, e nos termos descritos, a possibilidade de os tribunais arbitrais exercerem (também) a justiça cautelar encontra, deste modo, expressa consagração no ordenamento jurídico português, aqui reportado à arbitragem voluntária.

12.2 — Não são de ignorar, todavia, os limites ou especificidades que possam ser associados à justiça arbitral em sede cautelar, na medida em que esses limites ou especificidades se reflitam no exercício do direito fundamental de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, pois trata-se no presente caso da imposição de recurso à arbitragem como (único) meio de tutela (cautelar) jurisdicional dos direitos e interesses em presença.

12.2.1 — Adverte, tendo presente o regime instituído pela nova LAV, Mariana França Monteiro (“A Competência Cautelar dos Tribunais Arbitrais ...”, cit. loc. cit., p. 864): «[...] Se é verdade que fica, desta forma, esclarecida de vez a competência cautelar dos tribunais arbitrais, também é certo que permanecem dúvidas sobre a exata extensão deste poder. Não é certo que os tribunais arbitrais possam decretar medidas cautelares exatamente com a mesma extensão que os tribunais judiciais, designadamente medidas de natureza executiva. Ou que possam dar ordens que limitem a competência decisória dos tribunais judiciais. Ou ainda que decretem medidas até agora desconhecidas do nosso ordenamento jurídico».

Desde logo, a nova LAV, sem prejuízo de estabelecer que a providência cautelar decretada é obrigatória para as partes, prevê expressamente a colaboração dos Tribunais estaduais em face do incumprimento pelas partes, cometendo a estes tribunais a respetiva execução coerciva, dada a natureza dos Tribunais arbitrais não envolver o uso de *ius imperii*.

Reconhece-se que a ausência de poderes de execução dos Tribunais arbitrais não é específica da tutela cautelar, colocando-se também no âmbito das decisões de mérito. Assim Paula Costa e Silva (“A Arbitrabilidade das decisões cautelares”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2003, 63 — Vol. I/II — Abr. 2003, disponível em [www.oa.pt](http://www.oa.pt)):

«[...] O que esta conformação apresenta de peculiar, se se tomar por referência o exercício de competência, em matéria cautelar, pelos tribunais estaduais, é a dissociação entre a competência para o proferimento da decisão e a competência para a execução direta dessa mesma decisão. O tribunal arbitral teria competência para decretar (ou não decretar) a providência requerida, mas não teria competência para praticar os atos necessários à respetiva execução.

Mas a dissociação a que nos vimos referindo não ocorre, apenas, em matéria cautelar; ela é um dos corolários do exercício de poderes jurisdicionais por tribunais arbitrais. Na verdade, se os tribunais estaduais, porque investidos na plenitude da jurisdição, podem conferir eficácia plena ao direito de ação, exercendo tanto competência declarativa, como competência executiva, o mesmo não sucede com os tribunais arbitrais. Sendo órgãos jurisdicionais não integrados na esfera do Estado, não se encontram munidos dos poderes necessários à execução das respetivas decisões.

Consequentemente, a ausência de competência executiva dos tribunais arbitrais não se apresenta como peculiar dos procedimentos cautelares. Pelo que, com base nela, não pode rejeitar-se, liminarmente, a competência do julgador arbitral para o exercício de competência jurisdicional declarativa em matéria cautelar.

Como é evidente, a ausência de competência executiva dos tribunais arbitrais implica uma colaboração necessária entre estes tribunais e os tribunais estaduais na realização da justiça cautelar. E por isso se dispõe no § 1062.3 da ZPO que o tribunal estadual é competente para, entre outras matérias, executar as decisões arbitrais que hajam decretado medidas cautelares. Mas esta colaboração não nos surge apenas quando o tribunal arbitral decreta medidas cautelares: ela é efeito imediato da ausência de competência executiva, fundada na falta de poderes de autoridade dos tribunais arbitrais [...].».

Todavia, não pode deixar de se ponderar que a falta de competências executivas dos Tribunais arbitrais pode revestir-se de especial acuidade no âmbito da justiça cautelar, cuja eficácia é exatamente ditada por razões de urgência no decretamento das medidas requeridas, assim cumprindo a função de conferir aos direitos e interesses invocados uma tutela jurisdicional célere e efetiva. E esta preocupação não pode deixar de se dirigir à arbitragem necessária, como *in casu*, dado não corresponder a uma escolha das partes.

Por outro prisma, a mesma falta de poderes de autoridade dos Tribunais arbitrais tem levado qualificada doutrina processualista a reservar aos Tribunais judiciais a adoção de certas providências cautelares. Será o caso do arresto. Mário Raposo, a este propósito, entendeu que, «[...] designadamente no caso português, ao tribunal arbitral não deve ser reconhecida competência para decretar um arresto.

Bruno Oppetit caracteriza com nitidez a distinção, neste aspeto, entre a justiça estatal e a justiça arbitral. Releva a primeira de um serviço público, dotado de meios humanos e coercivos para a pôr em ato: “a ordem judiciária”. A segunda não exprime uma função de soberania. Disto resulta que o juiz arbitral não dispõe de imperium. “Il ne peut ordonner des mesures conservatoires ou de sauvegarde, telle que des saisies”.

O que está efetivamente em causa é a dualidade *jurisdictio-imperium*. Para Charles Jarrosson traduz-se o *imperium* no conjunto de prerrogativas pertencentes ao Estado, decorrentes da soberania. É do *imperium* que despontam “les pouvoirs de commandement et de contrainte, et qui se concrétise de diverses manières”, sendo uma delas a utilização efetiva da força pública.

Foi a questão retomada designadamente por Pierre Mayer. As decisões conservatórias destinadas a tornar indisponíveis certos bens carecem, para ser eficazes, da intervenção de uma autoridade, do recurso à força pública. E conclui Pierre Mayer: “Assim, em direito francês, um árbitro não será competente para autorizar um arresto”.

Não será, pois, por acaso que passa como moeda corrente a ideia de que os tribunais arbitrais são desprovidos de competência para decretar medidas antecipatórias e conservatórias e, portanto, *in casu*, o arresto.

[...] Dá-se, para mais, a circunstância de no tocante ao arresto não ser dissociável uma fase declarativa e uma fase executiva. Para Andrea Carlevaris (e não só) nos ordenamentos que demarcam as duas fases a execução do arresto ou medida afim cabe sem hesitação ao tribunal judicial. Mas a fase da pronúncia (*sic*) poderá ser atribuível ao tribunal arbitral.

Não cremos, entretanto, que seja assim. E pensamos que o nosso ordenamento não comporta aquele faseamento. Curiosamente, no Acórdão em análise [...] regista-se que “providências como o arresto se revestem da particularidade de o seu cumprimento integrar a própria tramitação do procedimento”, o que temos como exato.

[...] Entretanto, mesmo quando se hipotese o faseamento a conclusão não será alterada. O arresto arbitral correrá sempre o risco de ser desprovido da eficácia necessária. “Primeiro, porque a execução da decisão do árbitro carece da intervenção da autoridade judiciária, o que mostra que o árbitro não é o mais indicado para atuar com urgência. Depois porque o efeito de surpresa é indispensável à eficácia das medidas”» (“Arresto decretado por Tribunal Arbitral — Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9.11.2006” in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 2007, Ano 67 — Vol. I — Jan. 2007, disponível em [www.oa.pt](http://www.oa.pt)).

Também Mariana França Gouveia conclui que «[...] inexistindo competência executiva do tribunal arbitral não pode este decretar medidas típicas em que o momento declarativo e executivo se confundam como é o caso do arresto» (“A competência cautelar do tribunal arbitral, em especial as providências cautelares ...”, cit., p. 882).

Para o efeito, será de ter em conta que a equiparação entre os Tribunais arbitrais e os Tribunais judiciais — sendo tendencial — não é total. Ainda por referência aos Tribunais arbitrais voluntários — e não cabendo aqui a opção pela tese contratualista ou pela tese jurisdicional que poderiam fundar a respetiva natureza — escreveu José Lebre de Freitas (“Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem” in Estudos sobre Direito Civil e Direito Processual, vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 549-566, pp. 549-550): «Atendendo a que aos árbitros cabe, tal como aos juizes dos tribunais do Estado, “dirimir conflitos de interesses privados”, ainda que a convenção de arbitragem os possa dispensar de julgar segundo o direito objetivo [...], a sua atuação é de administração da justiça (artigo 202-2 da Constituição da República Portuguesa) exercida em conformidade com os princípios de fundamentais do processo civil (artigo 16.º LAV) e, portanto, de natureza jurisdicional. Mas esta qualificação não põe em causa a constatação de que a fonte do poder jurisdicional é distinta da fonte do poder jurisdicional dos tribunais do Estado dotados de *ius imperii* que lhes advém da integração na orgânica estadual».

Ora, a ausência de poderes de autoridade é também verificada nos tribunais arbitrais necessários. Mesmo que se possa acentuar a natureza publicística da arbitragem necessária — aliás a jurisdicionalização, a

progressiva procedimentalização e a atribuição de efeitos à sentença arbitral semelhantes aos de uma sentença judicial são aspetos comuns à arbitragem quer necessária quer voluntária — é consensual não dispõem os tribunais arbitrais necessários de poderes de autoridade como dispõem os tribunais estaduais.

Daqui também decorre que as decisões dos árbitros têm uma eficácia estritamente *inter partes*. Deste modo, ainda será de ter em conta que se mostram excluídas (ou, pelo menos, ineficazes) todas as formas de tutela cautelar que tenham efeitos perante terceiros (como a suspensão de deliberações sociais, ao vincular a sociedade), ou produzam efeitos *erga omnes*. Nas palavras de Armando Ribeiro Mendes (“As medidas cautelares e o processo arbitral...”, cit., p. 91, nota 37), «deve notar-se que o tribunal arbitral nunca tem competência para decretar medidas provisórias contra terceiros».

Sendo assim, em tese geral, conclui Paula Costa e Silva, ponderando a realização da Justiça (cautelar) através de tribunais arbitrais: «Aí, o Estado dá-nos, inclusivamente, uma indicação muito forte quanto à não transferência de poderes de autoridade para os juizes arbitrais. Veja-se, neste sentido, o que sucede em sede de competência para a execução das decisões arbitrais: esta foi retirada ao tribunal arbitral».

De quanto se disse, pensamos dever reter uma conclusão quanto ao ponto ora em análise: se a ausência de competência executiva não pode ser invocada como argumento contra a arbitrabilidade de pedidos cautelares em geral, não pode, no que seria o pólo oposto, admitir-se a decretação arbitral de medidas cautelares que impliquem o exercício de poderes de autoridade» (“A arbitrabilidade das medidas cautelares”, cit.).

12.2.2 — Aos limites assinalados aos poderes dos Tribunais arbitrais acrescem ainda duas ordens de fatores que igualmente podem constituir um óbice à tutela cautelar plena: as especificidades quanto ao seu *modus operandi* e quanto à sua constituição.

Desde logo, o direito da arbitragem português não admite decisões arbitrais *ex parte*, pelo que se mostram excluídas da tutela cautelar as providências cautelares em que não se observe o contraditório. Sendo os princípios da igualdade das partes e do contraditório as bases da justiça arbitral, não podem ser decretadas providências cautelares sem a prévia audição do requerido. Nos termos da nova LAV, as providências cautelares só podem ser decretadas pelo tribunal arbitral, «a pedido de uma parte e ouvida a parte contrária» (artigo 20.º, n.º 1). A este respeito, é de advertir que nem mesmo a possibilidade de adoção das designadas «ordens preliminares» se afigura passível de inverter a regra do contraditório, dada a sua limitada configuração. Como vimos, as decisões tomadas pelos árbitros são proferidas após a audição das partes (com a exceção, aliás muito limitada nos seus pressupostos e efeitos, das ordens preliminares).

Assim, e tomando novamente o arresto por exemplo, na medida em que o mesmo é decretado sem audiência prévia do requerido, Mariana França Gouveia explica que «[...] caso se admitisse a competência do tribunal arbitral, o arresto seria decretado através de uma ordem preliminar, ordem que é inexecutável nos termos do artigo 23.º, n.º 5, LAV. Daqui se retira também a impossibilidade [...] de admitir o decretamento de um arresto pelo Tribunal arbitral. Um “arresto” inexecutável não é obviamente um arresto.» (“A competência cautelar do Tribunal arbitral...”, cit., p. 882).

Por último, e não menos relevante, coloca-se o problema do recurso ao tribunal arbitral para decretamento de providências cautelares antes da respetiva constituição, como, aliás, sucede *in casu*. É que, diferentemente da jurisdição estadual, o recurso à arbitragem como modo de composição de litígios implica a constituição do próprio tribunal. Mesmo no caso de recurso a arbitragem institucionalizada é necessário decidir sobre a composição e outros aspetos relevantes para o funcionamento do tribunal arbitral.

Ora, enquanto não constituído (e em funcionamento) o tribunal arbitral, não pode deixar de se colocar a questão da tutela cautelar dos direitos e interesses em presença. As razões de urgência que a informam não se compadecem com a demora inerente à constituição do tribunal arbitral.

Em face desta situação, a doutrina e as soluções de direito positivo retiradas do direito internacional e do direito comparado (sobre o assunto, Armando Ribeiro Mendes, “As medidas cautelares e o processo arbitral...”, cit., pp. 66-79 e 91) apontam mesmo para a necessidade de recurso aos tribunais estaduais para obtenção de tutela cautelar, sob pena de frustração dos propósitos de urgência e celeridade que a ditam. No relatório sobre Portugal constante do *International Handbook on Commercial Arbitration* (Supl. 45, ano 2006), Dário Moura Vicente e Morais Leitão consideram que, antes, de estar constituído o tribunal arbitral, as partes devem querer as providências cautelares aos tribunais estaduais, e, que, após a constituição daquele, há uma competência concorrente, sendo porém mais vantajoso querer as providências ao tribunal estadual, porque este pode executá-las.

A questão do recurso em primeira instância ao tribunal estadual para a obtenção de tutela cautelar não é, porém, circunscrita a uma tutela

supletiva, apenas devida na falta de constituição de tribunal arbitral. A solução agora consagrada na Lei de Arbitragem Voluntária, na esteira da Lei-Modelo UNCITRAL, aponta claramente para a possibilidade de acesso aos tribunais estaduais para o decretamento de providências cautelares, mesmo na pendência de processo arbitral e constituído o respetivo tribunal. Essa competência concorrente em sede cautelar é expressamente consagrada de modo a não pôr em causa a opção das partes, a montante ou a jusante, pela justiça arbitral. Assim, como princípio geral, estabelece o artigo 7.º, da nova LAV, sob a epígrafe «Convenção de arbitragem e providências cautelares decretadas por tribunal estadual», que *não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal*.

É de notar, no entanto, que a questão da tutela cautelar no momento em causa (antes de constituído o tribunal arbitral, incluindo o tribunal arbitral necessário) pode perder relevância — como sucede *in casu*, por não se afigurar determinante (*infra*, 12.4) — na medida em que o ordenamento jurídico preveja meios processuais gerais — principais — que possam ser utilizados por um particular contra outro particular para que este seja condenado a adotar ou se abstenha de determinada conduta lesiva no quadro de uma relação jurídico-administrativa. É exatamente o caso do meio processual previsto no artigo 37.º, n.º 3, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos — e que não se confunde, com uma providência cautelar destinada à intimação para a adoção ou abstenção de certa conduta por parte de um particular (igualmente prevista no mesmo código, no seu artigo 112.º, n.º 2, alínea f)).

12.3 — Em atenção ao que fica exposto, decorre a defesa feita pela doutrina da possibilidade de recurso às instâncias judiciais em sede de tutela cautelar, seja nas situações em que não está ou ainda não está constituído o Tribunal arbitral, seja pelas assinaladas limitações dos poderes dos árbitros. Assim, Armando Ribeiro Mendes («As medidas cautelares e o processo arbitral (Algumas notas)», cit., p. 91):

«[...] De harmonia com este entendimento [a aceitação da arbitrabilidade das medidas cautelares], que é predominante entre os cultores do direito da arbitragem comercial internacional, as partes de uma convenção de arbitragem podem pactuar nesta que o tribunal arbitral poderá decretar providências cautelares, desde que tais providências se dirijam a uma das partes do processo arbitral e não impliquem o exercício de *ius imperii* (sistema de “opt-in”).

[...]

Há de, porém, ser sempre possível às partes recorrer aos tribunais estaduais enquanto não estiver constituído o tribunal arbitral, sob pena de se frustrar a exigência de celeridade, sendo indispensável a intervenção do tribunal estadual quando devam ser aplicadas medidas que impliquem o exercício de poderes de autoridade, nomeadamente quando os destinatários sejam terceiros ou quando tenham de ser executadas pela força certas medidas cautelares (restituição provisória da posse; arresto, nomeadamente quando recaia sobre bens registáveis, em que a indisponibilidade resulta da inscrição do arresto no registo, tal como sucede com a penhora; suspensão de execução de deliberações sociais, dado que a sociedade fica impedida de as executar a partir da citação, etc.).»

Também, tendo presente a natureza e finalidades específicas da tutela cautelar, conclui Paula Costa e Silva (“A arbitrabilidade...”, cit.) que «[...] a solução que melhor pode acautelar os interesses da parte requerente de uma providência é a que aceita uma competência concorrente entre tribunal arbitral e tribunal estadual. Com efeito, a natureza urgente das medidas cautelares deve impor o menor número possível de obstáculos de ordem formal à respetiva apreciação. Por esta razão, não deve impor-se, aquando da apreciação liminar da admissibilidade da providência, a questão da competência do tribunal como uma grande questão. Ora, se pensarmos v.g. que o tribunal arbitral não tem competência para decretar medidas que impliquem o exercício de poderes de autoridade, recaindo, consequentemente, esta competência cautelar na esfera dos tribunais estaduais, encontramos um ponto problemático na determinação da competência de um e de outro tribunal. E a eventual discussão que se travará em torno deste pressuposto processual sê-lo-á em prejuízo da rápida apreciação e consequente decretamento da medida cautelar.»

12.4 — Na análise que nos ocupa — a da constitutividade do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, interpretado no sentido de apenas admitir a arbitragem (necessária) para as providências cautelares no âmbito de litígios sobre direitos de propriedade industrial derivados de patentes de medicamentos de referência em face da comercialização de medicamentos genéricos, sem intervenção de tribunal estadual — com assinaláveis diferenças relativamente ao regime legal da arbitragem voluntária (em que, como vimos, o acesso à justiça estadual não se mostra vedado nos termos da nova Lei da Arbitragem Voluntária) ou mesmo no confronto com outros regimes de arbitragem necessária (é o caso do regime de arbitragem das expropriações, em que a tutela cautelar é confiada ao tribunal estadual competente), a imposição de recurso à arbitragem no domínio das providências cautelares para efeitos de tutela de direitos de

propriedade industrial fundados em patentes de medicamentos de referência poder convocar, *prima facie* — por força dos apontados limites à justiça arbitral, em particular em matéria de tutela cautelar — algumas reservas quanto à efetivação do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, consagrado nos n.ºs 1 e 5 do artigo 20.º da CRP, por parte do titular de um direito de patente sobre medicamento de referência. Todavia, a análise, *in casu*, da conformidade constitucional da interpretação em causa do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011 — não dispensa a consideração de diversos aspetos que se afiguram relevantes.

Desde logo, a natureza do processo de fiscalização de constitucionalidade em causa. Tratando-se de um processo de fiscalização concreta, os poderes de cognição do Tribunal Constitucional encontram-se condicionados pela norma (interpretação normativa) do caso concreto, que tenha sido aplicada pelo tribunal recorrido, na decisão proferida sobre o pedido formulado quanto à decretação de concretas providências cautelares, não podendo o juízo sobre a constitucionalidade ir para além dela. Relembre-se, neste ponto, que a interpretação da norma sindicada é perfilhada na decisão recorrida sobre pedido concreto de decretação de providências cautelares dirigidas à recorrida (titular de AIM) — abstenção de fabrico, oferta, armazenagem, posse ou introdução no mercado, de promoção e divulgação, de medicamentos genéricos, de venda ou cedência a terceiros da AIM (cf. *supra*, I, 2).

Além disso, devem ser consideradas as finalidades do regime de arbitragem necessária instituído pelo legislador no âmbito da sua liberdade de conformação, e os interesses públicos subjacentes ao mesmo, face aos interesses privados envolvidos.

Como atrás se referiu, a opção essencial formulada pelo legislador na configuração do regime de arbitragem necessária assenta na autonomização (ou separação) da prévia tutela jurisdicional dos direitos de propriedade industrial derivados de patentes sobre medicamentos de referência, face ao procedimento administrativo conducente à obtenção de uma AIM relativa a medicamentos genéricos (cf. *supra*, 11.3.2). E isto, conforme consta da Exposição de Motivos, para assegurar o interesse público considerado relevante pelo legislador inerente à entrada célere de genéricos no mercado de medicamentos — assim, em particular, beneficiando os consumidores que acedem ao mercado de medicamentos genéricos mais acessíveis e, em geral, diminuindo os custos para o Estado e promovendo a concorrência no mercado e a liberdade de comercialização — por força da também célere e, sublinhe-se, *prévia* resolução dos litígios sobre a violação, ou não, de direitos de propriedade industrial — que envolvem, nesta fase, interesses predominantemente privados, também relevantes, e sem prejuízo de a respetiva resolução se poder projetar *a posteriori* no procedimento administrativo da AIM.

A questão a que cumpre a final responder é, assim, a de saber se a interpretação normativa sindicada, enquanto interpretação normativa perfilhada no caso concreto — interpretação no sentido de apenas admitir a arbitragem (necessária) para as providências cautelares no específico âmbito de litígios sobre direitos de propriedade industrial derivados de patentes de medicamentos de referência em face da comercialização de medicamentos genéricos, sem intervenção de tribunal estadual — ainda assegura o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva por parte dos titulares do direito de propriedade industrial derivados de patente em termos constitucionalmente conformes. Com efeito, estando em causa posições jurídico-subjetivas constitucionalmente tuteladas (como se apreciou em *supra*, 11.2) é exigível ao legislador que assegure os meios processuais adequados para que tais posições — e os respetivos interesses privados — possam ser devidamente acautelados.

E, em concreto, se tal interpretação da norma que configura o regime aprovado pelo legislador, ao confinar a tutela cautelar, relativa à proteção dos direitos de propriedade industrial derivados de patentes face a medicamentos genéricos, à intervenção de tribunal arbitral necessário, ainda assegura adequadamente aquele direito ou, pelo contrário, traduz uma tal desproteção que justificaria a desfiguração da própria essência do regime adotado pelo legislador no âmbito da sua liberdade de conformação, alicerçada na autonomização, face ao procedimento administrativo de AIM, da resolução dos litígios atinentes à invocação de direitos de propriedade industrial, derivados de patentes, relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos, confiando-a, em exclusivo, à justiça arbitral necessária, incluindo no que respeita à tutela cautelar.

Desde logo há que considerar que, podendo entender-se que a resolução de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos — e apenas com este âmbito circunscrito e envolvendo interesses privados — por via da intervenção de tribunal arbitral necessário, instituído pelo legislador, configura tão somente uma questão prejudicial relativamente ao procedimento administrativo de AIM, o acesso aos tribunais judiciais e à tutela jurisdicional efetiva, incluindo para a decretação de providências cautelares, por parte do titular de direito de patente, não ficará, a partida, definitivamente precludido. Com efeito, uma vez decidido o litígio em sede de tribunal arbitral necessário em favor do titular do direito de

propriedade industrial, não se afigura decorrer do regime jurídico em causa e da sua interpretação ora sindicada que fique prejudicado o ulterior recurso aos meios processuais administrativos comuns — e assim, aos tribunais judiciais competentes — dirigidos ao procedimento de AIM, incluindo o recurso a providências cautelares adequadas, deste modo acautelando, ainda que em momento posterior ao da decisão arbitral, o direito fundamental de acesso aos tribunais (estaduais) e à tutela jurisdicional efetiva. E tal possibilidade afigura-se determinante para a formulação de um juízo de não desconformidade da interpretação normativa do caso com o parâmetro constitucional invocado.

Além disso, sendo as concretas providências cautelares que motivaram a decisão recorrida — e, assim, a interpretação ora sindicada — dirigidas apenas à empresa recorrida (e não a terceiros) e com vista à abstenção de comportamentos relativos a medicamentos genéricos (e, *in casu*, também à transmissão de AIM), os assinalados limites inerentes à tutela cautelar em sede de arbitragem necessária não se afiguram, no caso em análise, determinantes no exercício do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva. De facto, apenas poderia relevar, *in casu*, a situação de eventual incumprimento da medida cautelar pela ora demandada, o que em face da falta de poderes para a execução coerciva das providências cautelares sempre seria — por força da aplicação subsidiária, em última análise, do regime geral da arbitragem voluntária — da competência do tribunal estadual competente, assim assegurando aquele direito (cf. artigo 3.º, n.º 8, *in fine*, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro e artigo 27.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária aprovada em anexo à Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro).

Por último, acresce referir ainda que, nos presentes autos, a questão da tutela cautelar enquanto não se encontra constituído (e em funcionamento) o tribunal arbitral necessário não se afigura determinante de molde a se poder concluir pela desconformidade da interpretação normativa sindicada em análise.

Desde logo porque, *in casu*, como decorre dos autos, o recorrente não promoveu sequer a constituição de tribunal arbitral necessário para a resolução do litígio emergente da invocação do seu direito de propriedade industrial relacionado com medicamentos de referência e medicamentos genéricos. Também porque, em geral, a necessidade de tutela cautelar antes da constituição — que deve ocorrer em prazos curtos — do tribunal arbitral necessário configurará uma situação excepcional no quadro do regime legal instituído já que a comercialização e venda de medicamentos genéricos depende de prévia concessão de AIM — cujo prazo (210 dias) terminará em regra após o decurso dos prazos legalmente previstos para a arbitragem necessária. E, finalmente, porque, em casos anómalos de comportamentos desconformes com a lei, nomeadamente a produção e comercialização não autorizada de medicamentos genéricos, os titulares do direito de patente sempre poderão dirigir-se à entidade competente para a emissão de AIM relativa a medicamentos genéricos, para que esta adote, no âmbito das suas competências, as medidas que entenda serem adequadas, nomeadamente através do recurso aos tribunais competentes (cf. em especial artigos 3.º, n.º 2, b) e 5.º, n.º 2, e) a h) e m) e n), do Decreto-Lei n.º 46/2012, de 24 de fevereiro) — e, no limite, lançar mão dos meios processuais gerais principais à sua disposição, como é o caso do previsto no artigo 37.º, n.º 3, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Com efeito, verificados os requisitos da utilização do meio processual previsto naquela disposição do CPTA, poderá igualmente o particular titular do direito de patente, mesmo na pendência da constituição de tribunal arbitral necessário, pedir ao tribunal administrativo competente que condene outro particular (requerente de AIM ou mesmo sem essa qualidade) que produza ou comercialize medicamentos genéricos, sem fundamento em ato administrativo impugnável (por ainda não ter sido concedida a necessária AIM), a abster-se dos comportamentos contrários à lei suscetíveis de pôr em causa os seus direitos ou interesses decorrentes de uma patente concedida, também ela configurando um ato administrativo.

Pelo exposto, a dimensão normativa perfilhada pela decisão recorrida no caso concreto, resultante do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, segundo a qual o titular de direito de propriedade industrial apenas pode recorrer à arbitragem necessária, precludindo o recurso direto ao tribunal judicial no que se refere a providência cautelar, não se afigura desconforme com o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva consagrado no artigo 20.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição da República Portuguesa.

## B2) A segunda questão

13 — A segunda interpretação normativa cuja constitucionalidade é impugnada é delimitada pelas recorrentes nos seguintes termos: as normas constantes dos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, interpretadas no sentido «que o titular de direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de Autorização de Introdução no Mercado (doravante AIM) ou de pedido de AIM, para lá do prazo de trinta dias, a contar da publicação pelo INFARMED, referida no artigo 9.º,

n.º 3 da Lei n.º 62/2011» (cf. resposta ao convite para aperfeiçoamento do requerimento de interposição de recurso, 5.º e 6.º, fls. 1151).

Estando em causa, na interpretação normativa questionada, o prazo para demandar o titular ou requerente de AIM em sede de arbitragem necessária, releva apenas o disposto no n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 61/2011, de 12 de dezembro, a este se reportando a disposição transitória prevista no artigo 9.º, n.º 3, da mesma Lei.

Recorde-se que o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2011, determina que «no prazo de 30 dias a contar da publicação a que se refere o artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na redação conferida pela presente lei, o interessado que invocar o seu direito de propriedade industrial nos termos do artigo anterior deve fazê-lo junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada», compreendendo-se a referência feita ao artigo 2.º da mesma Lei pela expressa remissão para este operada pela disposição legal ora transcrita (cf. resposta ao convite para aperfeiçoamento do recurso, pontos 5.º e 6.º, fls. 1151).

Em face da invocação da disposição transitória contida no artigo 9.º, n.º 3, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, cumpre verificar que assim dispõe a disposição legal referida:

«Artigo 9.º

#### Disposições transitórias

1 — A redação dada pela presente lei aos artigos 19.º, 25.º e 179.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, bem como o aditamento introduzido ao regime geral das participações do Estado no preço dos medicamentos e o disposto no artigo anterior, têm natureza interpretativa.

2 — No prazo de 30 dias após a entrada em vigor da presente lei, o INFARMED, I. P., publicita os elementos previstos no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na redação conferida pela presente lei, referentes aos medicamentos para os quais ainda não tenha sido proferida pelo menos uma das decisões de autorização de introdução no mercado, do preço de venda ao público ou de inclusão na comparticipação do Estado no preço dos medicamentos.

3 — O interessado dispõe de 30 dias, a contar da publicação referida no número anterior, para invocar o seu direito de propriedade industrial nos termos dos artigos 2.º e 3.º da presente lei.»

Assim delimitado pelas recorrentes o objeto do recurso de constitucionalidade, cumpre reportá-lo à decisão recorrida.

O Tribunal da Relação de Lisboa, ao decidir o recurso de apelação interposto pelas ora recorrentes relativamente à sentença do Tribunal da Propriedade Industrial que lhes negou a pretensão de recurso ao mesmo para decretamento de uma providência cautelar contra a ora recorrida, mantém o decidido em 1.ª instância quanto à verificação da exceção dilatória de preterição de tribunal arbitral necessário, tendo-se baseado a decisão judicial de primeira instância então recorrida na aplicação conjugada do disposto no artigo 2.º, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, com as normas processuais relevantes: artigos 288.º, n.º 1, alínea e), 494.º, alínea e) e 495.º, todos do Código de Processo Civil.

Não obstante o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão recorrido, ter mantido a decisão judicial então recorrida (absolvendo a requerida da instância por preterição de tribunal arbitral necessário), não deixou de apreciar a dimensão normativa impugnada a partir do regime decorrente da aplicação conjugada do disposto nos artigos 3.º, n.º 1 e 2.º da Lei n.º 62/2011, assumindo as duas disposições relevo para o sentido decisório desfavorável às recorrentes.

E que, na medida em que esse prazo de trinta dias, estabelecido no artigo 3.º, n.º 1 (e 9.º, n.º 3), da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, é reportado à iniciativa de recurso à justiça arbitral, que, nos termos do artigo 2.º, reveste caráter necessário, afigura-se relevante o juízo formulado quanto à apreciação da conformidade constitucional da norma que estabelece um prazo para aquela iniciativa — *in casu*, decorrido.

De facto, a questão de constitucionalidade da norma contida no artigo 3.º, n.º 1, da citada Lei, é expressa e mesmo autonomamente apreciada e decidida no Acórdão recorrido, refutando-se neste aresto os argumentos apresentados pelas ora recorrentes quanto à alegada inconstitucionalidade da norma em causa e defendendo-se a sua conformidade com as normas e princípios constitucionais invocados.

Considera o Tribunal da Relação de Lisboa que o impugnado prazo de trinta dias, contado desde a publicação pelo INFARMED, na sua página eletrónica, dos pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos (conforme remissão para o artigo 15.º-A, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, na redação introduzida pela Lei n.º 62/2011), sendo «um prazo específico para o exercício do direito de propriedade industrial por parte do interessado que o pretenda invocar, nos termos do art.º 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12.12, junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada», não nego

nem restringe, «de modo inadmissível, o acesso das ora recorrentes, e em geral de qualquer interessado à justiça e aos tribunais». Nos termos do Acórdão, este direito não é afetado no seu núcleo essencial, justificando o prazo estabelecido para o efeito com razões de certeza e segurança jurídicas que impõem a existência de prazos de caducidade.

É o que decorre da seguinte passagem do Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa recorrido (cf. fls. 1099-1100):

«[...] Quanto ao argumento de o prazo previsto no art.º 3.º, n.º 1, da citada Lei n.º 62/2011, prazo de 30 dias a contar da publicação a que se refere o artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto — ser preclusivo por a sujeição à arbitragem necessária, nos termos previstos da Lei n.º 62/2011, no referido prazo de trinta dias, constituir uma restrição ao direito de acesso à justiça e aos Tribunais, atingindo o núcleo de tal direito, tendo o legislador entendido que o tribunal competente deveria ser um Tribunal Arbitral justamente pela especificidade da matéria, os prazos fixados pelo mesmo haverão de se entender como adequados e proporcionais ao exercício dos direitos tutelados e à prossecução dos fins visados pela lei, sendo certo que as recorrentes não concretizam a preclusão que invocam.

Ora, o princípio da proporcionalidade — cf. art.º 21.º, n.º 2 da CRP — considerado em sentido restrito, significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida”, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos, tendo tais restrições como limite absoluto o respeito do “conteúdo essencial” dos respetivos direitos.

Com a estipulação do referido prazo de 30 dias, pelo legislador ordinário, não é negado ou restringido, de modo inadmissível, o acesso das ora recorrentes, e em geral de qualquer interessado à justiça e aos tribunais. O que se verifica é a consagração de um prazo específico para o exercício do direito de propriedade industrial por parte do interessado que o pretenda invocar, nos termos do art.º 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12.12, junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada. Isto é, trata-se da regulação do exercício de tal direito, não sendo afetado o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça e aos tribunais, sendo as restrições de natureza adjetiva ditadas por razões de segurança e certeza jurídicas (que impõem a existência de prazos de caducidade, v. g.), razões pelas quais não se verifica qualquer violação do disposto no art.º 18.º da CRP, não ocorrendo a invocada inconstitucionalidade material do art.º 3.º, n.º 1, da citada Lei n.º 62/2011.

[...]

Pelo exposto, atentos os fundamentos invocados, face à inexistência de todas as inconstitucionalidades invocadas no presente recurso, e à inexistência de qualquer erro de julgamento de direito na sentença recorrida, improcedem todas as conclusões das alegações de recurso, devendo a sentença recorrida ser confirmada.»

14 — Em atenção ao que fica exposto e, bem assim, dada a instrumentalidade da tutela cautelar em face da ação principal (que, retirando-se as devidas consequências do entendimento exarado na decisão judicial ora recorrida quanto à constitucionalidade do prazo já também estaria vedada às recorrentes), procede-se à análise das questões de constitucionalidade colocadas a propósito da interpretação normativa conferida ao artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, dezembro, concatenado com o disposto no artigo 2.º da mesma Lei.

Vejam os.

As questões invocadas pelas recorrentes em desfavor da solução normativa em causa prendem-se, essencialmente, com o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva, como decorre da seguinte passagem das alegações de recurso oportunamente formuladas (cf. fls. 1185-1186):

«[...]

y) A sujeição à arbitragem necessária, nos termos previstos da Lei n.º 62/2011, no referido prazo de trinta dias, constitui uma restrição ao direito de acesso à justiça e aos Tribunais, atingindo o núcleo de tal direito, acabando por atingir o alcance do conteúdo do direito fundamental de exploração exclusiva de patente, circunscrevendo a um período de trinta dias a existência de um direito que vigora durante vinte anos.

z) Mais, tal restrição não se limita ao necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

aa) As leis restritivas devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e princípio da proibição do excesso, bem como ao princípio da necessidade e princípio da adequação, o que não sucede no corrente caso.

bb) A presente Lei n.º 62/2011 não cumpre tais requisitos, porquanto esta restrição a um período tão curto para reação do titular dos direitos de propriedade industrial é manifestamente excessiva (o direito em causa vigora durante vinte anos).».

A questão que cumpre responder nos presentes autos é a de saber se a solução normativa decorrente da leitura feita do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, ao estabelecer um prazo de trinta dias (contado desde a publicitação do pedido de autorização, ou registo, de introdução no mercado de um medicamento genérico) para a iniciativa de recurso à arbitragem necessária por parte do titular de um direito de propriedade industrial sobre medicamento de referência fundado em patente face a pedido de AIM relativa a medicamento genérico, é de molde a consubstanciar uma restrição (desconforme com o artigo 18.º da Constituição) ao direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva para defesa dos direitos patentários em causa.

Como se retira do Acórdão n.º 350/2012:

«[...] o direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos e obtenção de uma sua tutela jurisdicional, plena e efetiva, constitui um direito ou garantia fundamental que se encontra consagrada no artigo 20.º da Constituição. Mas daí não decorre que seja um direito absoluto, de uso incondicionado. Desde logo, ele consente as restrições que caibam nos parâmetros estabelecidos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP. Por outro lado, decorre da própria previsão constitucional que a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legalmente protegidos seja efetuada “mediante um processo equitativo” e cujos procedimentos possibilitem uma decisão em prazo razoável e sejam “caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos” que esse direito, além do mais, está sujeito a regras ou condicionamentos procedimentais e a prazos razoáveis de ação ou de recurso.

Ponto é que esses condicionamentos, pressupostos e prazos não se revelem desnecessários, desadequados, irrazoáveis ou arbitrários, e que não diminuam a extensão e o alcance do conteúdo desse direito fundamental de acesso aos tribunais” (Acórdão n.º 178/2007)).

14.1 — Na situação que nos ocupa, verifica-se que do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro (compaginado com o disposto no artigo 2.º, para o qual remete) decorre o ónus, imposto pelo legislador, de exercício do direito à tutela jurisdicional através do recurso a arbitragem necessária para invocação de direitos de propriedade intelectual, cabendo ao interessado que invocar o seu direito de propriedade industrial fazê-lo junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada no prazo de 30 dias a contar da publicitação do pedido de AIM.

O prazo de trinta dias para dar início ao processo arbitral para tutela dos direitos de propriedade industrial é sempre iniciado com a publicitação pelo INFARMED do pedido de concessão de AIM, conforme dispõe o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, com referência aos elementos citados no n.º 2 do artigo 15.º-A do RJMUH, seja aquela publicitação feita nos termos da primeira parte do n.º 2 do mesmo artigo (cinco dias após a verificação, pelo INFARMED, da regularidade do requerimento ou do prazo por este concedido ao requerente para a junção de elementos instrutórios necessários), seja a mesma publicitação feita de acordo com o disposto na norma transitória contida no artigo 9.º, n.º 2 da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro (isto é, nos trinta dias posteriores à data da sua entrada em vigor quanto a procedimentos de AIM já iniciados e ainda não decididos), aplicando-se neste caso aquele mesmo regime por força do disposto no artigo 9.º, n.º 3, da citada Lei.

As razões que terão determinado a fixação do prazo ora impugnado são, essencialmente, as que decorrem da exposição de motivos da lei, centrando-se na promoção da celeridade (cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei 13/XII, disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), sublinhado acrescentado):

«[...] a questão de saber se existe, ou não, violação de direitos de propriedade industrial depende de sentença a proferir pelos tribunais.

Através da presente proposta de lei o Governo pretende estabelecer um mecanismo alternativo de composição dos litígios que, num curto espaço de tempo, profira uma decisão de mérito quanto à existência, ou não, de violação dos direitos de propriedade industrial. Institui-se, por isso, o recurso à arbitragem necessária para essa composição, solução já adotada, inclusive no âmbito dos conflitos atinentes aos direitos de autor.

Ainda com o objetivo de promover a celeridade, estabelecem-se prazos para a instauração do processo e para a oposição, contados da publicitação pelo INFARMED, I. P., do pedido de autorização de introdução no mercado.»

Como já sintetizado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 2/2013, «[...] a tutela imposta pelo legislador é uma tutela *pré-decisória* (isto é, prévia à decisão sobre a AIM), ou seja, que opera durante o procedimento administrativo de concessão de AIM, e necessariamente concomitante

com o prazo legal para a concessão da AIM porque o prazo de 30 dias para o recurso à arbitragem (necessária: i) é um prazo cuja contagem se inicia a partir da publicitação do pedido de autorização, ou registo, de introdução no mercado (cf. artigo 3.º, 9.º, n.º 2, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro e artigo 15.º-A do RJMUH); ii) é um prazo que termina ainda na fase procedimental do pedido de AIM, ou seja, ainda dentro do prazo de 210 dias para a concessão de AIM (cf. artigo 23.º, n.º 1, do RJMUH)» — ressalvado o caso de poder assim não acontecer nas situações em que a publicitação do pedido de AIM ser efetuada nos termos das disposições transitórias do artigo 9.º, números 2 e 3.

Em tese geral pode dizer-se que «[...] o mesmo legislador estabeleceu um vínculo indissociável entre o início do procedimento autorizativo com vista à obtenção de uma AIM e o procedimento arbitral necessário, dado que o prazo para o interessado que pretenda invocar o seu direito de propriedade industrial se conta a partir da publicitação, pelo INFARMED, dos pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos» (cf. *idem*).

Contudo, não obstante assim configurado o tempo do exercício do direito de tutela dos direitos de propriedade industrial fundados em patentes sobre medicamentos de referência, não se encontra no regime em apreciação (para além do já aludido dever de notificação, ao INFARMED, das decisões arbitrais ou da falta de dedução de contestação) qualquer forma de articulação entre o processo arbitral e o procedimento administrativo em causa. Pelo contrário — e já o vimos — a invocação de direitos de propriedade industrial e, bem assim, o processo e a sentença arbitrais aos mesmos relativos em nada influem ou se refletem no procedimento administrativo de concessão da AIM, como, aliás, foi expresso propósito do legislador (cf., ainda, a Exposição de Motivos da Proposta de Lei 13/XII):

«[...] tendo em conta que a jurisprudência nacional vem entendendo que os direitos de propriedade industrial podem ser afetados pela concessão das autorizações de introdução no mercado, do preço de venda ao público e da comparticipação do Estado no preço dos medicamentos, estabelece-se a compatibilização que se considera adequada desses direitos com outros de idêntica relevância, como é o caso do direito à saúde e ao acesso a medicamentos a custos compatíveis, bem como dos direitos dos consumidores. Assim, e indo também ao encontro das recomendações da Comissão Europeia, prevê-se expressamente que a concessão das referidas autorizações não depende da apreciação, pelas entidades administrativas competentes, da eventual existência de direitos de propriedade industrial.

Subsequentemente, estabelece-se, ainda, que os pedidos de autorização não possam ser indeferidos com esse fundamento e que as mesmas autorizações não podem ser alteradas, suspensas ou revogadas, pelas respetivas entidades emittentes, com base na subsistência desses direitos.»

In casu, o recurso ao Tribunal Judicial para decretamento das providências cautelares, já decorrido o prazo de trinta dias estabelecido no artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro (e, bem assim, no artigo 9.º, n.º 3), tem subjacente uma interpretação, por parte das recorrentes, das disposições em causa que permitiria o recurso à justiça estadual para além do termo daquele prazo — inclusive para a tutela cautelar — com vista à proteção do exclusivo inerente ao direito de patente invocado. Todavia, da análise efetuada pelo Tribunal recorrido das normas constantes dos artigos 3.º, n.º 1 e 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, resulta interpretação normativa diversa, cuja constitucionalidade as recorrentes impugnam no presente recurso. Com efeito, da interpretação conferida às disposições em causa resulta que, uma vez decorrido aquele prazo, que se reporta à arbitragem necessária, e tendo o Tribunal estadual recusado a tutela que lhe foi requerida, é vedado às recorrentes o recurso a qualquer forma de tutela jurisdicional — seja estadual, seja arbitral — dos direitos de propriedade industrial invocados.

Considerando-se as consequências do decurso do prazo estabelecido, assume este efeitos preclusivos quanto ao exercício do direito de acesso à justiça para a tutela do direito em causa no quadro específico da composição de litígios cuja dirimção é regulada na Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro. Qualificando o prazo em causa como um *prazo de caducidade*, Sofia Ribeiro Mendes («O Novo Regime de Arbitragem Necessária de Litígios Relativos a Medicamentos de Referência e Genéricos (Alguns Problemas) in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1029 e ss.) afirma que quanto «às consequências do não cumprimento do ónus de início da arbitragem prevista na Lei n.º 62/2011 no prazo de 30 dias, contados da publicação, na página eletrónica do INFARMED, de um pedido de autorização ou registo de AIM de medicamentos genéricos pelas entidades que figurem nessas listagens, o interessado deixará de poder invocar o seu direito de propriedade industrial contra aquelas,

quer perante um tribunal arbitral, quer perante um tribunal estadual.» (cf. *idem*, pp. 1035-1036).

Não se questiona *a priori* a margem de conformação do legislador no estabelecimento de prazos para acesso à justiça, desde que não resultem numa impossibilidade ou excessiva dificuldade no acesso à mesma. Já se disse no Acórdão n.º 8/2012:

«[...] Tem o Tribunal Constitucional geralmente entendido que as normas de direito ordinário que estabelecem prazos para a interposição de ações em tribunal não infringem qualquer norma ou princípio constitucional, na medida em que apenas revelam escolhas legítimas do legislador quanto aos vários modos pelos quais podem ser prosseguidos os diferentes valores que a Constituição inscreve, em última análise, no seu artigo 20.º

Foi o que sucedeu, por exemplo, no caso do Acórdão n.º 247/2002, em que estava em juízo a norma do Código de Processo Penal que estabelecia, perentoriamente, o prazo de um ano, contado desde o momento em que o detido ou preso fora libertado ou desde o momento em que fora definitivamente decidido o processo penal respetivo, para a apresentação de pedidos de indemnização contra o Estado por privação de liberdade ilegal ou injustificada. Foi também o que sucedeu (ainda como exemplo) no caso do Acórdão n.º 310/2005, em que estava em juízo a norma do Código de Processo Civil que impunha um prazo de cinco anos, contados desde o trânsito em julgado da decisão recorrida, para a interposição do recurso de revisão. Nestes casos, e em outros que não vale a pena agora recensear, entendeu-se que, ao fixar na lei de processo prazos de caducidade de ações, o legislador harmonizava de forma cóngrua diferentes exigências constitucionais: por um lado, as decorrentes do direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional (artigo 20.º, n.º 1); por outro, as decorrentes do princípio de segurança jurídica que justifica a proteção constitucional do caso julgado (artigo 2.º e artigo 20.º, n.º 4).

É certo que a esta jurisprudência — que evidentemente se mantém — se apõe em tese um limite. A harmonização entre as diferentes exigências constitucionais acima mencionadas deixa de ser *cóngrua* sempre que se demonstrar que, ao fixar um certo prazo de caducidade de uma ação, o legislador ordinário ofendeu uma posição jurídica subjetiva constitucionalmente tutelada, diminuindo, de modo juridicamente censurável, as possibilidades de exercício de um direito que a CRP consagra.»

14.2 — A questão que cumpre responder, no caso que nos ocupa, é a de saber se a dimensão normativa resultante da interpretação seguida pelo Tribunal recorrido, dada configuração e os efeitos do prazo de trinta dias para recurso à justiça arbitral necessária, contado desde a data da publicação eletrónica do requerimento de autorização, ou registo, de introdução no mercado de um medicamento genérico, pode consubstanciar uma restrição desrazoável ou desproporcionada do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva em face da invocação de direitos patentários sobre medicamentos de referência.

É que sendo o recurso à justiça arbitral — neste caso necessária — limitado a um período temporal de trinta dias, coincidente com a primeira fase do procedimento administrativo de concessão de AIM ou, pelo menos — no caso de aplicação das disposições de direito transitório constantes do artigo 9.º (em especial, o seu n.º 3) da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro —, sempre anterior à conclusão desse procedimento, iniciado a partir da publicação na página eletrónica do INFARMED de pedido de autorização de introdução no mercado de um medicamento genérico, verifica-se que «[...] o legislador, ao instituir um regime legal que impôs o recurso à arbitragem necessária, condicionou não só o modo de composição de eventuais litígios, mas também o tempo — concomitante, quanto ao prazo de recurso à arbitragem, com o tempo do procedimento conducente à concessão, ou não, de uma AIM» (Cfr. Acórdão 2/2013).

Ora, o modo como o legislador configurou o tempo quanto ao recurso à arbitragem necessária convoca a ponderação de vários fatores que podem conduzir a um juízo de desproporção na afetação do direito de acesso à justiça na perspetiva do titular do direito de patente e face a outros direitos envolvidos e valores prosseguidos pelo legislador.

14.2.1 — Desde logo, a configuração pelo legislador do momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo impõe ao detentor do direito de patente uma especial onerosidade quanto ao modo do seu conhecimento.

É de ponderar o modo determinado na lei para a verificação do prazo estabelecido para a demanda jurisdicional dos direitos de propriedade industrial em causa. Recorde-se que o prazo de trinta dias para a iniciativa de recurso à justiça — arbitral necessária — é iniciado no dia da publicação, pelo INFARMED, na sua página eletrónica, do pedido de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos

genéricos (nos termos do artigo 15.º-A, do RJMUH, para o qual remete o artigo 3.º, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro).

Ora assim fixado o termo inicial do prazo, impende sobre o detentor de patente cujos direitos de exclusivo possam ser afetados pela (futura?) produção e comercialização dos medicamentos genéricos, uma especial onerosidade quanto ao conhecimento do momento exato da prática do ato de publicitação eletrónica dos elementos acima referidos de que depende o início do prazo para requerer a tutela jurisdicional daqueles direitos.

Com efeito, não sendo prevista qualquer forma de notificação ou informação aos interessados (titulares de direitos de propriedade industrial relativos a medicamentos de referência), para além da publicitação virtual dos pedidos de AIM de medicamentos genéricos onde consta a indicação do medicamento de referência, que garanta o conhecimento efetivo do termo inicial do prazo para recurso à arbitragem, o modo de conhecimento do termo inicial daquele prazo — coincidente com a referida publicitação eletrónica — configura um ónus excessivo para o detentor do direito de patente no que respeita ao acesso à tutela jurisdicional.

14.2.2 — Além disso, afigura-se determinante a própria insuficiência do prazo — trinta dias — face, por um lado, à escassez de informação na disponibilidade do titular do direito de patente no momento em que, por imposição legal, deve recorrer à arbitragem necessária, e, por outro, à complexidade da matéria em causa.

Quanto à *informação* na disponibilidade do titular do direito de patente para efeitos de instauração da arbitragem necessária — para mais sendo sustentado pelas recorrentes (cf. alegações de recurso, Epítome Sinóptico, f) e g), fls. 1182) que a informação disponível durante o procedimento de concessão de AIM se mostra insuficiente para a ponderação da necessidade da própria tutela e para a sua preparação — cumpre lembrar que questão conexa à dos presentes autos foi já decidida neste Tribunal, no Acórdão n.º 2/2013, em que o problema de constitucionalidade colocado respeitava à norma contida no artigo 188.º, n.º 5, do RJMUH, na redação conferida pela Lei n.º 62/2001, de 12 de dezembro, que, sob a epígrafe «dever de confidencialidade», assim dispõe:

«5 — Sempre que o requerente da informação sobre um pedido de autorização, ou registo, de introdução no mercado de um medicamento de uso humano for um terceiro que, nos termos do artigo 64.º do Código do Procedimento Administrativo, demonstre ter legítimo interesse no conhecimento desses elementos, e ainda não tenha sido proferida decisão final sobre aquele pedido, é fornecida, apenas, a seguinte informação:

- a) Nome do requerente da autorização de introdução no mercado;
- b) Data do pedido;
- c) Substância, dosagem e forma farmacêutica do medicamento;
- d) Medicamento de referência.»

Foi então julgada aquela norma inconstitucional nos termos assim sintetizados:

«O regime legal de acesso à informação administrativa na fase pré-decisória do procedimento de AIM revela de modo evidente a desproteção dos titulares de direitos de propriedade industrial que os pretendam invocar em face da sua possível afetação. Isto porque, se por um lado o legislador impôs aos interessados que pretendam invocar o seu direito de propriedade industrial o ónus de recorrer à arbitragem necessária — para resolução antecipada daqueles litígios — tratou-os, do ponto de vista do direito de acesso à informação administrativa, de modo idêntico a qualquer cidadão ou público em geral, ao fazer coincidir a informação a prestar aqueles — terceiros com «legítimo interesse» nessa informação e titulares de um direito fundamental implícito à informação administrativa enquanto instrumento do exercício do seu direito à tutela jurisdicional efetiva — com a informação, obrigatoriamente publicada pelo INFARMED, sobre os pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos e, por isso, acessível ao público em geral.

Ora o elenco legal de elementos disponíveis na fase pré-decisória a qualquer pessoa e aos titulares de direitos de propriedade industrial em especial constante do n.º 5 do artigo 188.º não reflete nem permite qualquer juízo de ponderação casuística de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que pudesse fundar uma restrição ao direito de acesso à informação administrativa para salvaguarda do direito à tutela jurisdicional efetiva dos direitos de propriedade industrial, violando, por isso, o princípio da proporcionalidade» (Acórdão n.º 2/2013).

Cabe notar que as alíneas a) a d) do n.º 5 do artigo 188.º do RJMUH são idênticas às alíneas a) a d) do artigo 15.º-A, n.º 2 do mesmo regime, artigo esse que, como vimos, regula a publicitação dos pedidos de AIM na página eletrónica do INFARMED para efeitos do disposto nos ar-

tigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, isto é, para efeitos de instauração de um processo arbitral de invocação e defesa de direitos de propriedade industrial. Assim dispõe o artigo 15.º-A do RJMUH:

«Artigo 15.º-A

**Publicitação do requerimento**

1 — O INFARMED, I. P., publicita, na sua página eletrónica, todos os pedidos de autorização, ou registo, de introdução no mercado de medicamentos genéricos, independentemente do procedimento a que os mesmos obedecem.

2 — A publicitação prevista no número anterior deve ter lugar no prazo de cinco dias após o decurso do prazo previsto no n.º 1 do artigo 16.º e conter os seguintes elementos:

- a) Nome do requerente da autorização de introdução no mercado;
- b) Data do pedido;
- c) Substância, dosagem e forma farmacêutica do medicamento;
- d) Medicamento de referência.»

Assim não se mostra despidendo, até porque o prazo em causa é contado a partir da publicitação dos elementos a que se refere o transcrito artigo 15.º-A do RJMUH, acompanhar a preocupação que resulta da seguinte passagem do Acórdão n.º 2/2013:

«[...] A montante, acresce a necessidade de obtenção da informação relevante para efeitos da ponderação do próprio recurso à justiça arbitral, sendo esta necessária, mas não obrigatória. Isto, porquanto a defesa em sede arbitral ou noutra de direitos de propriedade industrial será justificada quando se pretenda fazer valer o direito de exclusivo da exploração económica do produto ou processo patenteado em face da introdução no mercado de medicamentos genéricos, o que, admita-se, não se verificará em todas as situações. O acesso aos elementos relevantes poderia determinar a opção pelo titular de direitos de propriedade industrial de não recorrer aos meios de composição de litígios disponibilizados, porquanto não haja sequer litígio a compor. Na falta de informação relevante, o recurso à arbitragem torna-se o único meio para a sua obtenção, desvirtuando-se a finalidade do instituto e compelindo-se os particulares envolvidos (titulares de direitos de propriedade industrial referentes a medicamentos de referência e requerentes de autorizações de introdução no mercado de medicamentos genéricos) a assumir os encargos decorrentes da justiça arbitral, incluindo os encargos financeiros inerentes ao respetivo custo.»

É certo que este Tribunal é agora chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da dimensão normativa que estabelece um prazo para efeitos de instauração de um processo arbitral necessário com vista à invocação e defesa de direitos de propriedade industrial — e não das normas que delimitam a informação disponibilizada para o mesmo efeito — sendo aquele prazo de trinta dias contado da publicitação, na página eletrónica do INFARMED, do pedido de concessão de uma AIM.

Contudo, se a instauração de processo arbitral — o único meio de tutela jurisdicional facultado aos titulares de direitos de propriedade industrial em causa — apenas pode ocorrer nos trinta dias contados da publicitação do requerimento de concessão de uma AIM, é confinada a iniciativa dos detentores das patentes em causa à fase procedimental da AIM, ou seja, em momento sempre anterior ao da concessão do ato autorizativo da atividade cujo exercício pode, em hipótese, afrontar os direitos de exclusivo derivados da patente invocada, fase em que a informação disponibilizada ao titular de direito de patente é exclusivamente a elencada no artigo 15.º-A, n.º 2 do RJMUH. Deste modo, os assinalados constrangimentos quanto à informação disponível não podem deixar de ser ponderados, enquanto elemento suscetível de afetar o direito de tutela jurisdicional dos direitos derivados de patentes, seja no seu exercício seja na sua utilidade.

Quanto à complexidade da matéria, recorde-se que o modo de composição de litígios (arbitragem necessária) para o qual se estabelece um prazo de apenas trinta dias respeita à invocação de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência, independentemente de estarem em causa patentes de processo, de produto ou de utilização, que envolverão elevado grau de complexidade técnica e científica, designadamente no que respeita às substâncias e princípios ativos envolvidos e ao processo da respetiva obtenção ou fabrico. Assim, afigura-se plausível que o prazo em causa não se revele suficiente para que, em face da assinalada complexidade das matérias envolvidas, o detentor do direito de patente possa avaliar o risco real e da extensão da afetação do seu direito para ponderar o recurso à justiça na forma de composição de litígios prevista na lei — ainda que idêntico prazo seja estipulado pela Lei para a dedução de contestação pela outra parte. A reflexão inerente à decisão de recurso à justiça (arbitral), em face da complexidade do objeto dos direitos tutelados, não se mostra compatível com a exigência do seu exercício no prazo de trinta dias contado

desde a publicitação do pedido de concessão de AIM de medicamento genérico.

Assim, considera-se o prazo de caducidade de trinta dias objetivamente insuficiente para efeito da avaliação e ponderação de todos os fatores que podem condicionar a decisão de recurso à justiça arbitral que, recorde-se, é necessária, mas não obrigatória.

Por quanto fica exposto, tanto bastaria para a formulação de um juízo de inconstitucionalidade da dimensão normativa impugnada, considerando-se que a especial onerosidade imposta ao detentor do direito de patente quanto ao conhecimento efetivo do termo inicial do prazo para recurso à arbitragem, bem como a insuficiência do prazo concedido para efeitos de recurso à justiça arbitral para tutela dos direitos de propriedade industrial invocados pelos detentores de patente do medicamento de referência, face à escassez de informação e à complexidade da matéria, consubstancia uma restrição desrazoável e desproporcionada do direito de acesso aos Tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º, n.ºs 1 e 5 da Constituição) dos direitos de propriedade intelectual não consentida pelo artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

É que, se à partida, é legítimo que o legislador estabeleça um prazo para a propositura da respetiva ação (no caso, arbitral), de modo a que, designadamente, o interesse da segurança jurídica que comumente se associa a prazos desta natureza não possa ser posto em causa por uma atitude desinteressada por parte do titular dos direitos de propriedade industrial, *in casu*, a falta de previsão de instrumentos para garantir a cognoscibilidade do termo inicial do prazo e o ónus imposto quanto ao modo de conhecimento daquele, bem como o carácter insuficiente do prazo, face às duas dimensões apontadas, inviabilizam ou dificultam gravemente a tutela de tais direitos, tornando-se numa restrição excessiva do direito de tutela jurisdicional, não suficientemente justificada pelo interesse de celeridade processual subjacente à norma questionada, tanto mais que a celeridade imprimida ao processo arbitral não se projeta diretamente e de modo expresso, como já se referiu, no procedimento administrativo de emissão de AIM.

Ainda que se pudesse entender que a resolução de litígios emergentes de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos em sede de tribunal arbitral necessário configura uma questão prejudicial relativamente ao procedimento de emissão de AIM — e, nessa medida, não prejudicando, uma vez decididos tais litígios em favor do titular do direito de propriedade industrial, o posterior uso de meios processuais administrativos comuns dirigidos ao procedimento autorizativo de AIM — certo é que do prazo, e modo de conhecimento do seu termo inicial, para invocação dos direitos de propriedade intelectual através do recurso ao tribunal arbitral necessário, depende o acesso à (única) forma de tutela jurisdicional para a garantia daqueles direitos, quanto à composição de litígios emergentes da invocação de tais direitos relativamente a medicamentos genéricos, consagrada pelo legislador.

14.3 — Verifica-se ainda que da interpretação subjacente à decisão recorrida decorre que o decurso do prazo — cujo conhecimento do termo inicial implica uma especial onerosidade para o titular do direito e se afigura insuficiente face à informação limitada e à complexidade da matéria — acarreta a impossibilidade (definitiva) do exercício do direito (fundamental) de acesso à justiça para proteção do direito de patente relativo a medicamentos de referência face ao fabrico e comercialização de medicamento genérico por terceiro (não autorizado).

Como decorre da própria letra da lei — o prazo do artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro (reproduzido na disposição transitória do artigo 9.º, n.º 3) reporta-se ao exercício do direito de tutela dos direitos de propriedade industrial em causa, face à previsível e futura emissão de uma AIM, sendo o prazo contado a partir da publicitação do respetivo pedido, ainda não decidido (quer no regime geral, quer no regime previsto nas disposições transitórias do artigo 9.º). É nesse prazo que «o interessado que invocar o seu direito de propriedade industrial nos termos do artigo anterior deve fazê-lo junto do tribunal arbitral institucionalizado ou efetuar pedido de submissão do litígio a arbitragem não institucionalizada», o único meio facultado aos titulares de direitos de propriedade industrial fundados em patentes de medicamentos para a resolução de «litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, incluindo os procedimentos cautelares, relacionados com medicamentos de referência, na aceção da alínea ii) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, e medicamentos genéricos» (artigo 2.º).

Ora, a antecipação do único meio de composição de litígios disponibilizado ao titular de uma patente sobre medicamento de referência, por via do recurso necessário à justiça arbitral nos trinta dias subsequentes ao da publicitação do requerimento de concessão de uma AIM para um medicamento genérico, com a cominação de, não sendo iniciado processo arbitral no prazo estabelecido, se mostrar vedado o exercício do direito de tutela jurisdicional para defesa dos direitos de propriedade industrial derivados daquela patente, não deixa de se refletir na tutela dos direitos de propriedade industrial em causa.

Com efeito, da conjugação dos artigos 3.º, n.º 1, e 2.º resulta, tal como decorre da decisão recorrida, que a arbitragem necessária imposta pelo artigo 2.º não só é a única forma permitida pelo legislador de composição dos litígios visados pelo regime legal (os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência em face da introdução no mercado de medicamentos genéricos), como esta forma única de tutela é confinada a um *momento* temporal preciso — o momento pré-decisório da AIM.

Em consequência fica precluída qualquer tutela jurisdicional, relacionada com os referidos litígios abrangidos (invocação de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência e genéricos), que se pretenda exercer em momento temporal posterior — preclusão que não deixa de se projetar sobre o conteúdo essencial do direito de patente (exclusivo). Com efeito, ainda que a patente (e o direito de exclusivo que titula) subsista, os seus efeitos, do ponto de vista da sua tutela face a medicamentos genéricos, ficarão ‘paralisados’ por força da impossibilidade do exercício do direito à tutela jurisdicional em momento posterior ao fixado pela Lei n.º 62/2011. E esta impossibilidade — total e definitiva — de tutela jurisdicional dos direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência face a medicamentos genéricos não deixa igualmente de afrontar o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva para defesa dos direitos patentários e, assim, do direito de exclusivo titulado pela patente.

Se o decurso do prazo (por ser um prazo de caducidade específico no âmbito do regime de composição de litígios que o contempla) preclui, após o seu termo, qualquer forma de tutela jurisdicional dos direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência face a medicamentos genéricos (isto é, quanto aos específicos litígios para os quais o legislador instituiu o regime de arbitragem necessária em causa), assim afetando o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva e, por esse via, o próprio direito fundamental em causa — pois decorrido o prazo em questão, não mais pode comportar tutela ainda que subsista o direito de exclusivo que lhe está subjacente —, importa ponderar se tal afetação ainda se pode mostrar justificada e admissível no confronto com os direitos e interesses em presença.

Estando em causa a tutela de direitos de patente sobre medicamentos de referência em face da possibilidade de introdução no mercado de medicamentos genéricos cuja comercialização possa afetar o direito de exclusivo da comercialização do produto protegido pela patente, pretende o legislador — já o vimos — prosseguir o objetivo de celeridade na resolução daquele conflito de modo a minorar os óbices à célere introdução de genéricos no mercado dos medicamentos (o legislador fala em «estrangulamentos»).

Como se pode retirar da exposição de motivos da respetiva proposta de lei, o regime de composição de litígios assim configurado propõe-se conciliar os interesses relevantes em presença. Se devemos ter em conta que a proteção dos direitos de patente, ao garantir a confiança no investimento realizado na investigação e inovação dos produtos farmacêuticos, propicia o desenvolvimento científico e tecnológico ao serviço da saúde das pessoas, invoca o legislador que o incremento da comercialização de medicamentos genéricos, com menores custos para os cidadãos e para o Estado, serve finalidades de igual relevância «como é o caso do direito à saúde e ao acesso a medicamentos a custos comportáveis, bem como dos direitos dos consumidores» (Cfr. Exposição de Motivos, cit.).

Contudo, sem prejuízo da relevância dos interesses e direitos invocados, há de ser tido em conta que a configuração do mecanismo de composição de litígios estabelecido na Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro — confinado aos estritos limites temporais estabelecidos para efeitos da tutela jurisdicional dos direitos de propriedade industrial invocados — vedando o acesso à tutela jurisdicional para proteção destes direitos para além do momento estabelecido para o efeito, redundando numa compressão do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva que resulta na desproteção do próprio direito (de patente relativo a medicamentos de referência) que se pretende tutelar.

É que do regime normativo em análise resulta que a tutela jurisdicional dos direitos de propriedade industrial em causa em face da introdução de medicamentos genéricos no mercado é antecipada para momento anterior ao da autorização administrativa concedida para o efeito. Assim, em face da ocorrência de eventuais violações do direito de patente derivada da comercialização de medicamentos genéricos ou da tomada de conhecimento dessa ocorrência que se verifique em momento posterior ao estabelecido no artigo 3.º, n.º 1 (e 9.º, n.º 3) da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, mostra-se vedada a tutela jurisdicional do direito afetado. E, tendo o legislador optado, como já se referiu, pela dissociação entre o procedimento administrativo conducente à emissão de uma AIM e o procedimento jurisdicional arbitral para tutela dos direitos de propriedade industrial relativos a medicamentos de referência, o ato autorizativo não garante, por si mesmo, a inexistência de eventuais violações do direito de propriedade industrial invocado.

E a afetação do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva decorrente da dimensão normativa retirada da conjugação do artigo 3.º, n.º 1 (e, bem assim, do artigo 9.º, n.º 3) com o artigo 2.º, todos da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro afigura-se tanto mais excessiva quanto se atenda à natureza dos direitos a tutelar — que se enquadram no âmbito de proteção dos artigos 42.º, n.ºs 1 e 2, e 62.º, n.º 1, da Constituição, beneficiando eles próprios do regime garantístico dos direitos, liberdades e garantias, ou dos que lhe são análogos, plasmado no artigo 18.º da Constituição.

Não obstante os interesses invocados pelo legislador — de celeridade enquanto meio para alcançar uma mais rápida introdução de medicamentos genéricos no mercado em prol do consumidor e com menor onerosidade para estes e para o próprio Estado — se afigurarem muito relevantes, o modo escolhido para os prosseguir encerra a desproteção, desde logo em termos de acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efetiva, de um direito jusfundamental para além do momento temporal fixado para o efeito pelo regime legal em causa. Com efeito a impossibilidade de acesso à justiça para além daquele estrito momento traduz-se na impossibilidade de obter tutela — qualquer tutela — jurisdicional contra violações que podem pôr em causa a própria subsistência do direito de exclusivo quando tutelado por uma patente em vigor, face a medicamentos genéricos.

Para mais, sendo o resultado do regime assim instituído a preclusão da tutela jurisdicional do direito em causa — quanto a eventuais violações decorrentes da comercialização de medicamentos genéricos que possam contender com o direito protegido pela patente relativa a medicamentos de referência — tal consubstanciaria a final a prevalência do direito de livre iniciativa económica privada (artigo 80.º, alínea c) da Constituição) sobre um direito desde logo ancorado na liberdade de criação cultural (artigo 42.º da Constituição) — esta concebida aliás como direito, liberdade e garantia — e no direito de propriedade (artigo 62.º da Constituição) em termos que o quadro normativo de proteção de direitos fundamentais constitucionalmente consagrado não consente.

O caráter definitivo da impossibilidade de tutela dos invocados direitos de patente (tutelados por período de vinte anos), decorrido o prazo de trinta dias contado da publicitação eletrónica dos elementos relativos a um pedido de concessão de AIM, não se compadece com a fundamentalidade dos direitos envolvidos, assim se concluindo pela violação do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva.

### III — Decisão

15 — Nestes termos, e pelos fundamentos expostos, decide-se:

a) Não julgar inconstitucional a dimensão normativa resultante do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, segundo a qual o titular de direito de propriedade industrial apenas pode recorrer à arbitragem necessária, precluído o recurso direto ao tribunal judicial no que se refere a providência cautelar;

b) Julgar inconstitucional a dimensão normativa resultante do artigo 3.º, n.º 1, conjugado com o artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, segundo a qual o titular de direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de Autorização de Introdução no Mercado ou o requerente de pedido de AIM para além do prazo de trinta dias, a contar da publicação pelo INFARMED referida no artigo 9.º, n.º 3, da mesma Lei, por violação do artigo 20.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição da República Portuguesa;

e, em consequência,

c) Conceder parcialmente provimento ao recurso e ordenar a reforma da decisão recorrida em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade constante da alínea b).

Sem custas.

Lisboa, 12 de fevereiro de 2015. — *Maria José Rangel de Mesquita* — *Lino Rodrigues Ribeiro* — *Carlos Fernandes Cadilha* (não acompanhei o julgado quanto ao conhecimento de questões de constitucionalidade referentes a providências cautelares, com base no entendimento já fixado nos Acórdãos n.ºs 624/2009 e 454/2013) — *Catarina Sarmento e Castro* (com declaração de voto junta) — *Maria Lúcia Amaral*.

### Declaração de voto

1 — Afastei-me, parcialmente, da fundamentação do Acórdão em dois pontos: quanto à extensão das situações (e às suas razões) que justificam o conhecimento de uma questão de constitucionalidade quando está em causa uma providência cautelar, e quanto a um dos argumentos invocados para sustentar a inconstitucionalidade da dimensão normativa resultante do artigo 3.º, n.º 1, conjugado com o artigo 2.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, segundo a qual o titular de direito de propriedade industrial não pode demandar o titular de Autorização de Introdução no Mercado ou o requerente de pedido de AIM para além do

prazo de trinta dias, a contar da publicação pelo INFARMED referida no artigo 9.º, n.º 3, da mesma Lei.

2 — No primeiro caso, mantenho a posição que venho sustentando relativamente ao conhecimento de questões de constitucionalidade em matéria cautelar, posição essa que vai além do defendido no Acórdão (declarações de voto aos Acórdãos n.ºs 611/2014 e 724/2014).

A meu ver, deve conhecer-se de uma questão de constitucionalidade ainda que esta respeite a norma aplicada, quer no processo principal, quer no processo relativo à providência cautelar, seguindo anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional, nomeadamente os Acórdãos n.º 92/87, 466/95, 89/2011, 459/2013 e, em especial, o Acórdão n.º 624/2009.

Quando as normas objeto de recurso são normas que apenas se aplicam ao processo cautelar, só aí sendo relevantes, é óbvia a necessidade de se admitir que tais normas possam ser objeto de recurso de constitucionalidade, como o Acórdão reconhece.

Mas, ainda que as normas possam ser aplicadas, quer no processo principal, quer no processo relativo à providência cautelar, também nesses casos defendo que se mantém o interesse do conhecimento da questão de constitucionalidade, desde logo, pelo facto de as decisões provisórias procederem a uma composição provisória do litígio.

3 — Relativamente ao prazo de trinta dias, segundo ponto em que me afasto do Acórdão, tendo embora aderido à fundamentação na parte em que se sustenta que tal prazo é insuficiente face à informação limitada e à complexidade da matéria, não subscrevi o argumento atinente à especial onerosidade imposta ao detentor do direito de patente no que respeita ao modo de conhecimento efetivo/exato da prática do ato de publicação eletrónica dos elementos (termo inicial do prazo para recurso à arbitragem), por entender caber-lhe, no âmbito especial da atividade que exerce, um particular dever de diligência, aliás, não demasiado oneroso, na consulta da página eletrónica que faculta a informação (embora já admita tal dificuldade relativamente à informação disponibilizada quanto a processos já em curso no momento de arranque da página — o que corresponderá a um universo limitado de situações —, a menos que se considere o prazo iniciado nesse momento). — *Catarina Sarmento e Castro*.

208759466

### Acórdão n.º 178/2015

#### Processo n.º 242/2015

Acordam em Plenário no Tribunal Constitucional:

#### I — Relatório

1 — O Partido Democrático Republicano (PDR) vem recorrer para o Tribunal Constitucional, em recurso entrado aqui no dia 10, pelas dez horas e trinta minutos, da decisão da Secção Cível da Instância Local (J3) do Funchal que indeferiu a reclamação por si apresentada da decisão da mesma Instância que, por sua vez, não admitiu a candidatura do PDR à eleição dos deputados à Assembleia Legislativa da Madeira que terá lugar no próximo dia 29 de março de 2015.

E o seguinte o teor da decisão recorrida:

«Notificado do despacho que não admitiu a sua candidatura veio, a fls. 2791, o Partido Democrático Republicano — PDR apresentar reclamação alegando em suma que o artigo 21.º n.º 1 da lei orgânica n.º 1/2006, de 13 de fevereiro na redação introduzida pela lei orgânica n.º 1/2009 de 19 de janeiro deverá ser desaplicado por violar as normas insitas nos artigos 18.º n.º 1 e 2 e 51.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa uma vez que não se vislumbra qual o direito ou interesse protegido com a norma justificativo dos direitos, liberdades e garantias; que a restrição da norma da referida lei orgânica não poderá diminuir a extensão do direito de constituição de partidos políticos e através dele o de concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e organização do poder político e que ofende ainda o artigo 48.º da lei fundamental porque impede um conjunto de cidadãos a tomar parte na vida política da RAM.

Acrescenta que pediu a inscrição em 1 de dezembro de 2014 e o facto do registo só ter sido ordenado em 11 de fevereiro de 2015 não é imputável ao requerente.

Alega ainda que o reconhecimento e registo por decisão do tribunal Constitucional não tem efeitos constitutivos mas meramente verificativos da existência de um partido nos termos legais.

Termina requerendo a revogação da decisão que não admitiu a sua candidatura.

Notificados nos termos do disposto no artigo 33.º, n.º 3 da lei orgânica n.º 1/2006, de 13 de fevereiro, na redação introduzida pela lei orgânica n.º 1/2009, de 19 de janeiro, vieram responder o Bloco de Esquerda — BE (fls. 3249), o Partido Comunista

dos trabalhadores portugueses (PCPT — MRPP) (fls. 3273), “Mudança” — PS — PTP — PAN — MPT (fls. 3275) [sendo certo que o partido MPT já havia respondido em nome individual — fls. 3251] e Juntos Pelo Povo (JPP) (fls. 3280) propugnando todos pela manutenção do despacho ora reclamado.

Decorrido o prazo a que alude o supra citado normativo importa proceder à apreciação da reclamação conforme determina o artigo 33.º, n.º 4 da lei orgânica n.º 1/2006, de 13 de fevereiro na redação introduzida pela lei orgânica n.º 1/2009 de 19 de janeiro.

São essencialmente duas as questões suscitadas pelo reclamante:

1) inconstitucionalidade do artigo 21.º n.º 1 da lei orgânica n.º 1/2006, de 13 de fevereiro na redação introduzida pela lei orgânica n.º 1/2009 de 19 de janeiro e

2) características do registo do partido junto do Tribunal Constitucional.

O despacho reclamado tem o seguinte teor:

“Nos termos do disposto no artigo 26.º, n.º 4, alínea a) da lei orgânica n.º 1/2006, de 13 de fevereiro na redação introduzida pela lei orgânica n.º 1/2009 de 19 de janeiro, cada lista é instruída com certidão ou pública-forma de certidão do Tribunal Constitucional comprovativa do registo do partido político.

Ora, aquando da entrega da candidatura, o Partido Democrático Republicano — PDR limitou-se a juntar uma fotocópia simples do acórdão proferido pela 2.ª secção do tribunal constitucional o qual deferiu o pedido de inscrição no registo próprio existente naquele tribunal.

No entanto, verifica-se de tal documento que o acórdão foi proferido em 11 de fevereiro de 2015.

Nos termos do disposto no artigo 21.º, n.º 1 da lei orgânica n.º 1/2006, de 13 de fevereiro na redação introduzida pela lei orgânica n.º 1/2009 de 19 de janeiro, as candidaturas são apresentadas pelos partidos políticos, isoladamente ou em coligação, desde que registados até ao início do prazo de apresentação de candidaturas.

Pese embora a lei não defina qual o início do prazo de apresentação das candidaturas tem sido entendido que tal coincide com a marcação das eleições uma vez que a partir desse ato é que se desencadeia todo o processo eleitoral, sendo o momento juridicamente relevante para a contagem de todos os prazos subsequentes o da data de publicação no *Diário da República* do respetivo Decreto do Presidente da República.

No caso concreto a eleição dos deputados à Assembleia Legislativa da Madeira foi marcada para o dia 29 de março de 2015 por decreto do Presidente da República n.º 13-A/2015 publicado no DR 1 série, n.º 18 de 28 de janeiro.

Resulta pois que o registo do Partido Democrático Republicano — PDR apenas foi deferido por acórdão datado de 11 de fevereiro de 2015.

Assim considerando o limite temporal a que alude o artigo 21.º, n.º 1 da lei orgânica n.º 1/2006, de 13 de fevereiro na redação introduzida pela lei orgânica n.º 1/2009 de 19 de janeiro, conclui-se que a candidatura apresentada pelo Partido Democrático Republicano — PDR não preenche os requisitos formais para que possa ser admitida por não ter sido alvo de registo atempado.

Por outro lado a falta do requisito em causa (registo no Tribunal Constitucional em data anterior ao início do prazo de apresentação das candidaturas) não é passível de ser suprida pelo mandatário.

Pelo exposto, ao abrigo das citadas normas legais, **não admito** a candidatura do Partido Democrático Republicano — PDR às eleições dos deputados à Assembleia Legislativa da Madeira que terão lugar no próximo dia 29 de março de 2015.”

Desde já se diga que se considera que a decisão de não admitir a candidatura do Partido Democrático Republicano — PDR às eleições dos deputados à Assembleia Legislativa da Madeira deverá manter-se.

Em primeiro lugar porque se entende que a norma alvo de censura não padece de qualquer inconstitucionalidade nos termos reclamados.

Efetivamente fazendo uma pesquisa, mesmo que perfunctória nas diversas leis eleitorais ressalta que o artigo 21.º n.º 1 da lei eleitoral da assembleia da república (Lei n.º 14/79, de 16 de maio Com as alterações introduzidas pelos seguintes diplomas legais: Declarações de 17 de agosto de 1979 e de 10 de outubro de 1979, Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, Lei n.º 14-A/85, de 10 de julho, Decreto-Lei n.º 55/88, de 26 de fevereiro, Leis n.ºs 5/89, de 17 de março, 18/90, de 24 de julho, 31/91, de 20 de julho; 55/91, de 10 de agosto, 72/93, de 30 de novembro, 10/95, de 7 de abril, 35/95, de 18 de agosto, e Leis Orgânicas n.ºs 1/99, de 22 de junho, 2/2001, de 25 de agosto, 3/2010, de 15 de dezembro, e 1/2011, de 30 de novembro); o artigo 21.º n.º 1 da lei eleitoral da assembleia legislativa da