

[PÁGINA INICIAL](#)

[BEM-VINDOS](#)

[INSTRUMENTOS DE GESTÃO](#)

[CONTACTOS](#)

[LIGAÇÕES](#)

[INFORMAÇÃO LEGAL](#)

ACÓRDÃO Nº 108/2016

Processo n.º 1004/13

3.ª Secção

Relator: Conselheira Catarina Sarmento e Castro

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional,

I - Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Tribunal da Relação de Lisboa, vieram A.; A1. S.A.; B., Lda. e C., Lda. interpor recurso, ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, doravante designada por LTC).

2. No âmbito de procedimento cautelar, instaurado pelas aqui recorrentes, com fundamento na introdução de medicamento genérico em violação de patente, por parte da aqui recorrida, o Tribunal da Propriedade Intelectual proferiu decisão, absolvendo a requerida da instância, por preterição de Tribunal Arbitral necessário, nos termos do artigo 2.º, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, conjugado com os artigos 288.º, n.º 1, alínea *e*); 494.º, alínea *e*) e 495.º, todos do Código de Processo Civil.

Inconformadas, as aqui recorrentes interpuseram recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.

Por acórdão de 7 de agosto de 2013, foi julgada improcedente a apelação.

É desta decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que as recorrentes interpõem recurso de constitucionalidade.

3. No Tribunal Constitucional, foi proferida decisão sumária de não conhecimento parcial do objeto do recurso, tendo o processo prosseguido para alegações, apenas relativamente ao critério normativo, extraível do artigo 2.º da Lei n.º 62/2011 de 12 de dezembro, correspondente à interpretação de que as providências cautelares, no âmbito de litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, relacionadas com medicamentos genéricos, ficam sujeitas a arbitragem necessária, ficando excluído o recurso direto ao tribunal judicial.

4. As recorrentes apresentaram alegações, concluindo nos termos seguintes:

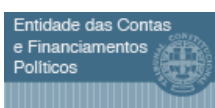
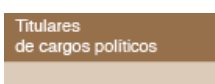
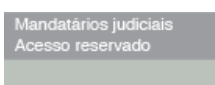
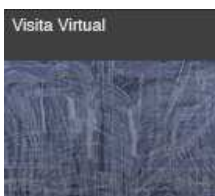
“a) A questão da inconstitucionalidade foi já suscitada no requerimento inicial de Providência Cautelar e nas alegações de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa.

b) Assim, entende-se que os normativos legais art.ºs 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) 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).

d) 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.





e) 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 activa, 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.

f) Este conhecimento do processo utilizado no Medicamento Genérico está legalmente vedado, nos termos do art.º 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 art.º 188.º do DL 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.

g) 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.

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

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

j) Com imperiosa relevância, para a questão em apreço, remete-se para o Douro 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 art.ºs 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.

k) A vigência no tempo de um direito de patente é manifestamente superior a um prazo de trinta dias, tendo a duração de vinte anos [art.º 99.º do Código da Propriedade Industrial (CPI) ou art.º 63.º da Convenção da Patente Europeia (CPE)], não se podendo permitir, como doutamente destaca o Prof. Dário Moura Vicente, uma nova forma de caducidade dum direito de propriedade industrial.

l) Esta lei n.º 62/2011, que institui a arbitragem necessária, refere, no art.º 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.

m) 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 (morosidade que vem sendo reconhecida pelos Tribunais Judiciais como uma problemática insolucionável).

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

o) 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.

p) 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 litúgio (e não é previsível que exista já que não há relações obrigacionais entre as mesmas e operam no mercado como concorrentes), 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.

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

r) 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.

s) 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 art.º 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.

t) 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.

u) 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.

v) 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.

w) 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.

x) 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.

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

z) 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.

aa) 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).

bb) 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.

cc) 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 art.º 20.º da Constituição da República e que ajuda a reforçar o entendimento do art.º 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.

dd) Desta forma, conforme já pugnado, deverá ser declarada a inconstitucionalidade dos art.ºs 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, precludindo definitivamente o recurso direto ao Tribunal Judicial, mesmo no que se refere à instauração de procedimento cautelar, com a conseqüente revogação do Acórdão da Relação de Lisboa e da Sentença de Primeira Instância, ordenando-se aí o legal prosseguimento dos autos;

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

ff) tudo, sempre, com o Douo Suprimento de V.ª as Exas., no salutar uso do poder-dever de, oficiosamente, suprirem as eventuais omissões das recorrentes.”

5. A recorrida optou por não apresentar alegações.

Cumprе apreciar.

II - Fundamentos

6. Uma vez que a constitucionalidade do critério normativo, que é objeto do presente recurso, já foi alvo de apreciação no âmbito do Acórdão n.º 123/2015, desta 3.ª Secção do Tribunal Constitucional, (disponível em www.tribunalconstitucional.pt), remetemos para a fundamentação aí exarada, transcrevendo os excertos mais significativos:

“(…) 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.

(…)

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 conseqüentes 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.

(…)

(…) 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.

(...) 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 pré-determinado 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.

(...)

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.

(...) 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*, RIJ, 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, tratadamente protegido pelo regime dos direitos, liberdades e garantias goza de uma proteção constitucional mais intensa do que o direito de propriedade sobre as coisas (art. 62.º)» (Cfr. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 622), tese, aliás, já acolhida neste Tribunal (cfr. Acórdão n.º 577/2011) (...)

(...)

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.

(...) Aqui chegados, a análise (...) 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.

(...) 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 dirimição de litígios à justiça estadual, seja pelo expreso 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.

(...)

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.

(...) 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.

(...)

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 (...).

Vejamos:

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.

(...)

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.

(...)

(...) 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.

(...)

Cumprir 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.

(...)

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.

(...) 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.

(...)

(...) 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 (...).

(...) 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.

(...)

(...) 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.

(...)

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).

(...)

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» (cfr. 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 acautelar 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 recorrível.

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.

(...) 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.

(...)

(...) 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, 2ª 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 (art. 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 disporem 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 Armindo 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 juízes 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.).

(...) 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).

(...)

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, em geral, Armindo 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 requerer as providências cautelares aos tribunais estaduais, e, que, após a constituição daquele, há uma competência concorrente, sendo porém mais vantajoso requerer 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 (...) – 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)).

(...) 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, Armindo 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 concorrential 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, conseqüentemente, esta competência cautelar na esfera dos tribunais estaduais, encontrámos 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 conseqüente decretamento da medida cautelar.»

Na análise que nos ocupa – a da constitucionalidade 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 poderia 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 (cfr. *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 (cfr. *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 (...) 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, à 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 um 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 (cfr. 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 excecional 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 (cfr. em especial art.ºs 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.”

Tal como se verificou no acórdão supra transcrito, também aqui não se afigura determinante a questão da tutela cautelar enquanto não se encontra constituído (e em funcionamento) o tribunal arbitral necessário, por idênticas razões às aí enunciadas.

Nestes termos, por adesão à fundamentação *supra* reproduzida e ao juízo de não inconstitucionalidade plasmado no acórdão com o n.º 123/2015, concluímos que não deve ser concedido provimento ao recurso.

III - Decisão

7. Nestes termos, decide-se:

a) não julgar inconstitucional a interpretação do artigo 2.º, da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, conducente ao sentido de que as providências cautelares, no âmbito de litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, relacionadas com medicamentos genéricos, ficam sujeitas a arbitragem necessária, ficando excluído o recurso direto ao tribunal judicial;

b) consequentemente, negar provimento ao recurso.

Custas pelas recorrentes, fixando-se a taxa de justiça em 25 (vinte e cinco) unidades de conta, ponderados os critérios referidos no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro (artigo 6.º, n.º 1, do mesmo diploma).

Lisboa, 24 de fevereiro de 2016 - *Catarina Sarmento e Castro* - *Carlos Fernandes Cadilha* - *Maria José Rangel de Mesquita* - *Lino Rodrigues Ribeiro* - *Maria Lúcia Amaral*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Entende-se que se suscita no presente processo uma questão prévia relativa à recorribilidade para este Tribunal no âmbito de processos cautelares – recorribilidade que se admite, *in casu*, pelas razões explicitadas no Acórdão n.º 123/2015, de 12 de fevereiro de 2015 (cfr. II – Fundamentação, A) Questão prévia: da recorribilidade no âmbito de processos cautelares, n.ºs 7 a 9).

Maria José Rangel Mesquita



TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 108/2016

Tribunal Constitucional

Órgão Constitucional
Estatuto dos Juizes
Organização
Organograma
Funcionamento
Publicidade das decisões
Estatísticas
História
Relatórios de atividade

Competência

Competência e Processo
Competências
Processos

Juízes

Composição
Secções
Anteriores juizes

Constituição da República Portuguesa

Constituição
Texto originário
Leis de Revisão Constitucional

Legislação

Tribunal Constitucional
Legislação Complementar

Partidos Políticos

Lista Partidos
Constituição e Extinção
Coligações
Contencioso Partidário

Jurisprudência

Acórdãos
Decisões Sumárias
Base de Dados
Coletânea

Biblioteca

Informações
Catálogos
Publicações Periódicas
Relatórios
Comissão Constitucional

Intervenções

Discursos
Colóquio 40 Anos CRP

Comunicados

Comunicados
Arquivo de Notícias
Arquivo de Decisões

Conferências

Tribunais Constitucionais
Europeus
Trilateral Itália, Espanha e Portugal
Ibero-Americana de Justiça Constitucional
Mundial de Justiça Constitucional
Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa

[Página Inicial](#) | [Bem-vindos](#) | [Bem-vindos \[arquivo Rui Moura Ramos\]](#) | [Bem-vindos \[arquivo Joaquim de Sousa Ribeiro\]](#) | [Mapa do Site](#) | [Bem-vindos \[arquivo Artur Maurício\]](#) | [Bem-vindos \[arquivo Luís Nunes\]](#) | [Instrumentos de Gestão](#) | [Contactos](#) | [Ligações](#) | [Informação Legal](#) |

