

PÁGINA INICIAL
BEM-VINDOS
INSTRUMENTOS DE GESTÃO
CONTACTOS
LIGAÇÕES
INFORMAÇÃO LEGAL

ACÓRDÃO Nº 435/2016

Processo n.º 744/15
3.ª Secção
Relator: Conselheira Maria José Rangel de Mesquita

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional

I – Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA (TRL), em que são recorrentes A., AG e B. AG e recorrida C., LDA., as primeiras vêm interpor recurso ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, na sua atual versão (LTC), do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de maio de 2015 (fls. 2553-2570), o qual recusou a aplicação, por inconstitucionais, das «formulações normativas» contidas nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, por violação do disposto nos artigos 13.º, n.º 1, 18.º, n.º 1, 20.º, n.ºs 1 e 4, 26.º, n.º 1 e 209.º n.º 2 da CRP, tendo, em consequência, considerado competentes os tribunais do Estado para conhecer do litígio e absolvido a requerida (ora recorrida) da instância.

Assim decidiram os Juizes Desembargadores do Tribunal da Relação de Lisboa (Acórdão de 14/05/2015, fls. 2553-2570):

«(...)

Constitui única questão decidenda saber da conformidade constitucional das normas relativas ao tribunal arbitral necessário, constantes dos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro.

A questão decidenda prejudica o conhecimento das demais questões suscitadas nos recursos, remetendo-se para a matéria de facto constante da decisão impugnada.

(...)

xc) No parecer juntos aos autos, da autoria de Gomes Canotilho, sustenta-se, nomeadamente, o seguinte:

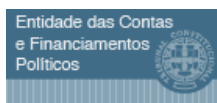
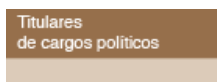
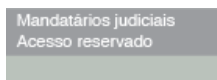
- sob pena de inconstitucionalidade material, resultante da violação dos princípios da aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias e da vinculação das entidades públicas e privadas (artigo 18.º n.º 1 da Constituição), por um lado, bem como da violação do princípio da reserva constitucional do juiz estadual, por outro, é de entender que tais litígios emergentes de direito de propriedade industrial respeitantes a medicamentos de referência devem ser dirimidos perante tribunais estaduais;

- Assiste-se a uma lesão flagrante do regime geral dos direitos fundamentais, designadamente dos princípios da igualdade, da proporcionalidade e do princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva;

- O regime legal de composição de litígios em questão põe em causa o conteúdo daqueles dois princípios gerais que conferem a proteção jurídico-constitucional mais profunda e efetiva aos direitos fundamentais. Estando em causa uma necessidade de tutela de direitos fundamentais, como são os direitos de propriedade industrial, é de questionar pela razão de ser da discriminação dos seus titulares em sede de proteção jurisdicional. Discriminação que, independentemente dos motivos que lhe estão subjacentes – razões de políticas públicas ou de ordem económica – se processa ao nível de acesso ao direito e aos tribunais, em geral, e da tutela jurisdicional efetiva, em particular. A sujeição, por lei ordinária, da resolução desses litígios a um sistema de arbitragem “forçada” ou “necessária”, significa uma subtração inconstitucional dos titulares dos direitos fundamentais invocados ao exercício do direito fundamental de acesso aos tribunais estaduais para defesa desses mesmos direitos, ao mesmo tempo que coloca indiscutivelmente numa situação de desigualdade, quando confrontados com a proteção jurisdicional conferida a outros titulares de outros tantos direitos fundamentais.

- O próprio iter processual desenhado pelo legislador ordinário no artigo 3.º confirma a conclusão anterior, traduzindo-se numa violação do princípio da proibição do arbítrio ou do princípio da proporcionalidade na sua tripla vertente de adequação, necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito: as peculiaridades processuais prescritas naquele artigo transformam a arbitragem necessária numa alternativa desprovida de adequação à proteção ou à tutela jurisdicional efetiva dos direitos fundamentais; a concreta conformação do processo arbitral viola o princípio do due process que postula a proteção dos direitos fundamentais através de um processo “jurisdicional” adequado.

xc) Lê-se, por outro lado, na 4.ª ed. Revista do Vol II, da CRP. Anotada, de Gomes Canotilho e Vital Moreira,





Coimbra, 2010: 551 que "problemática é a questão de saber se a cobertura constitucional dos tribunais arbitrais abrange apenas os tribunais "voluntários" (cfr. L. n.º 31/86) , ou seja, os instituídos por vontade dos interessados ,ou também os "necessários" (cfr. CPC 1525 e ss; Ac TC n.º 230/86), ou seja, os impostos por lei, visto que estes implicam que os litigantes ficam impedidos de recorrer diretamente aos tribunais "ordinários" que normalmente seriam competentes, podendo por isso pôr em causa não apenas o direito de acesso aos tribunais (artigo 20.º, n.º 2) , mas também o princípio da igualdade (artigo 13.º)".

xcii) Ora, não temos dúvidas em seguir a opinião dos autores citados, e bem assim , entre outros, a de José Acácio Lourenço quando considera que a manutenção da arbitragem necessária no "novo" CPC viola e subalterniza o direito fundamental de acesso aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos , consagrado no n.º 1 do artigo 20.º da CRP (ROA, 73: 517 ss).

xciii) Diz este autor:" A outra situação em que se afigura haver subalternização do direito de acesso aos tribunais refere-se à arbitragem necessária.

O Livro VI, que é o último na sistemática do Código de Processo Civil, refere-se ao tribunal arbitral necessário e compreende os arts. 1082.º até 1085.º, sendo, portanto, este o último artigo do Código.

Este livro VI e os correspondentes arts. 1082.º até 1085.º reproduzem o que já constava do CPC ora revogado, mais precisamente, os arts. 1525.º a 1528.º do Título II – Do Tribunal Arbitral Necessário, o qual faz parte do Livro IV – Do tribunal Arbitral.

Numa primeira observação, poderá, pois, concluir-se que o CPC se limitou a reproduzir o que já constava do CPC ora revogado.

Na verdade, a matéria relativa à arbitragem voluntária já tinha sido abrogada, desde a aprovação da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

Porém, sendo também óbvio que a matéria relativa à arbitragem necessária não se aplica, quer aos tribunais judiciais, quer aos processos neles tramitados, a interrogação que se suscita é a de saber por que é que o legislador, numa reforma em que apelidou de manta de retalhos o velho CPC, não retirou também a arbitragem necessária de um Código de Processo que, manifestamente, não a regula e à qual não se aplica, pois em todos os casos não previstos manda-se aplicar o disposto na Lei de Arbitragem Voluntária – cfr. art. 1085.º.

Com efeito, se era compreensível que, em 1939, o CPC albergasse normas sobre o tribunal arbitral, quer voluntário, quer necessário, até porque quanto a este último nem sequer se colocava a questão de saber era legítima e constitucionalmente admissível a arbitragem necessária, a partir do momento em que entrou em vigor a Constituição de 1976 e a arbitragem voluntária foi retirada do CPC, parece não se justificar, de todo, a referência, no CPC, ao tribunal arbitral necessário, até porque, como se diz no art. 1082.º, o mesmo só adquire existência " se o julgamento arbitral for prescrito por lei especial, atendendo-se ao que nesta estiver determinado" e, no que não estiver especialmente regulado, observa-se o disposto na Lei de Arbitragem Voluntária.

Todavia, afigura-se que a manutenção do tribunal arbitral necessário no actual CPC não foi uma opção inocente e de mera cópia do que já constava no velho CPC, pois, através da sua previsão num Código de Processo Civil aprovado por uma lei da Assembleia da República, pretendeu-se, segundo se crê, legitimar a possibilidade de impor a arbitragem necessária.

Na verdade, o que tem sido feito, em iniciativas legislativas mais recentes, é lançar mão da arbitragem necessária para nela encaixar competências que estão atribuídas aos tribunais que são órgãos de soberania, como sucedeu com a Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, cujo art. 2.º veio submeter a arbitragem necessária, institucionalizada ou não institucionalizada, os litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial relacionados com medicamentos de referência e com medicamentos genéricos, incluindo os procedimentos cautelares.

Trata-se de um verdadeiro desaforamento do Tribunal da Propriedade Intelectual, cuja competência é negada e suprimida apenas e tão só para os litígios referentes a medicamentos.

O mesmo se pretendeu com o Tribunal Arbitral do Desporto, cuja proposta de lei n.º 84/XII veio a ser aprovada, pela Assembleia da República, e retirava aos tribunais administrativos a competência relativamente a litígios emergentes do exercício poderes públicos, no âmbito do ordenamento jurídico desportivo ou relacionados com a prática do desporto, o que veio a ser declarado inconstitucional em sede de fiscalização preventiva.

No entanto, a inserção, no CPC, de normas sobre os tribunais arbitrais necessários não se afigura que possa servir para justificar e legitimar a arbitragem necessária, pois, salvo melhor opinião, a possibilidade de existência de tribunais arbitrais, consagrada no n.º 2 do art. 209.º da Constituição, refere-se aos tribunais arbitrais voluntários e não aos necessários, dado que é o carácter voluntário que está na origem e na essência da própria arbitragem.

Por outro lado, cabendo aos tribunais/órgãos de soberania, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 202.º da Constituição, a administração da justiça para assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados, não se afigura que sobre as matérias para os quais os mesmos são competentes se possa impor e obrigar os cidadãos a recorrer à arbitragem necessária, sob pena de se violar a norma do referido n.º 2 do art. 202.º da Constituição e o direito fundamental de acesso aos tribunais, pois este direito de acesso refere-se aos tribunais que são órgãos de soberania e não os tribunais arbitrais.

Mas, se ainda assim se entender que é conforme com a Constituição impor o recurso aos tribunais arbitrais necessários, em detrimento dos tribunais que são órgãos de soberania, então o legislador deverá dizer, de forma clara, em que situações considera legalmente conforme com a Constituição a supressão do direito de acesso a esses

tribunais e a imposição de tribunais arbitrais necessários e não servir-se de referências indirectas que remetem para leis especiais que os prevejam, ficando-se à mercê de um casuismo de conveniências políticas do momento».

Pelo exposto, acordamos em:

- i) Declarar inconstitucionais as formulações normativas contidas nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro por violação do disposto nos artigos 13.º, n.º 1, 18.º, n.º 1, 20.º, n.º 1 e 4, 26.º n.º 1 e 209.º, n.º 2 da CRP;
- ii) Consequentemente, sendo competentes os tribunais do Estado para conhecer do ajuizado litígio, em absolver a requerida da instância.»

2. O requerimento de interposição de recurso de constitucionalidade tem o seguinte teor (cfr. fls. 2575):

«**A. AG e B. AG**, Recorrentes nos autos acima referenciados, notificadas que foram do Acórdão de 14 de maio de 2015, vêm dele interpor **recurso para o Tribunal Constitucional**, o que fazem nos termos do disposto nos artigos 70.º e seguintes da Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 143/85, de 26 de Novembro, n.º 85/89, de 7 de Setembro, e n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro).

Atento o disposto no artigo 75.º-A, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional, cumpre referir que o presente recurso é interposto ao abrigo do **artigo 70.º, n.º 1 alínea a)** da Lei do Tribunal Constitucional, porquanto o duto Acórdão da Relação de Lisboa, **recusou a aplicação, por inconstitucionais, das normas dos artigos 2.º e 3.º da Lei 62/2011, de 12 de Dezembro, por violação do disposto nos artigos 13.º, n.º 1, 18, n.º 1, 20.º, n.º 1 e 4, 26.º n.º 1 e 209.º n.º 2 da CRP**, tendo em consequência considerado competentes os tribunais do Estado para conhecer o litígio e absolvido a requerida da instância.

Para os efeitos do mencionado artigo 75.º-A, n.º 1, as normas cuja inconstitucionalidade se pretende seja apreciada pelo Tribunal Constitucional são os artigos 2.º e 3.º da Lei 62/2011, de 12 de Dezembro, na interpretação seguida pelo Tribunal recorrido.

Nos termos do artigo 78.º, n.º 2 da Lei do Tribunal Constitucional, o recurso tem efeito devolutivo e sobe nos próprios autos (artigo 675.º, n.º 1 e artigo 676.º do CPC)».

3. Tendo o recurso de constitucionalidade sido admitido por despacho do Tribunal *a quo* de 08/07/2015 (cfr. fls. 2581) e prosseguido neste Tribunal (cfr. fls. 2587), foram as partes notificadas para produzir alegações, delimitando-se, do mesmo passo, o objeto do presente recurso, nos termos do despacho da Relatora com o seguinte teor (cfr. despacho de fls. 2587):

«(...) Tendo em conta que o recurso vem interposto de acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa que – em sede de recurso de decisão proferida por tribunal arbitral necessário que decretou providências cautelares – desaplicou os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, cujas «formulações normativas» declarou inconstitucionais (cfr. fls. 2570), mas o fundamento determinante do sentido do acórdão recorrido – absolvição da requerida da instância (cfr. fls. 2570) – se reporta à inconstitucionalidade daquelas normas na parte em que instituíram um regime de arbitragem necessária, incluindo no que respeita a providências cautelares, assim subtraindo a competência jurisdicional aos tribunais estaduais para conhecer dos litígios em causa – questão sobre a qual as partes foram ouvidas previamente (cfr. despachos de fls. 2514 e 2548) –, o objeto do recurso deve ficar circunscrito a esta questão de constitucionalidade.

Assim, notifiquem-se as partes, nos termos do n.º 2, *in fine*, do artigo 79.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, na sua atual versão (LTC), conjugado com o disposto no artigo 45.º, n.º 3, da mesma Lei, e com o artigo 363.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, para alegar, no prazo de 20 (vinte) dias, observando aquela delimitação do objeto do recurso.»

4. As ora recorrentes apresentaram alegações (cfr. fls. 2589-2638), concluindo pela não inconstitucionalidade das normas desaplicadas pelo tribunal *a quo* e consequente reforma da decisão recorrida (cfr. fls. 2623-2638).

5. A ora recorrida veio contra-alegar (cfr. fls. 2657-2683), concluindo no sentido de não ser concedido provimento ao recurso e de manutenção do acórdão recorridos (cfr. fls. 2675-2683).

6. Resulta dos autos, com interesse para a situação *sub judicis*:

a) As ora recorrentes instauraram procedimento cautelar contra a ora recorrida, invocando a infração de uma patente europeia (designada por EP 219) e requerendo, em consequência, a intimação da requerida a abster-se de, em território português, ou tendo em vista a comercialização nesse território, importar, fabricar, introduzir no comércio, vender ou oferecer os medicamentos genéricos identificados nos autos durante a vigência da patente EP 219 (até 10 de outubro de 2026) e a retirar imediatamente do mercado, a suas expensas, os medicamentos referidos, em qualquer das suas formulações e dosagens, e a abster-se de, quanto aos mesmos, praticar as atividades acima mencionadas, bem como a não transmitir a terceiros autorizações de introdução no mercado (AIM) daqueles medicamentos genéricos, até à referida data de caducidade da patente;

b) Foi proferida, em 3 de junho de 2014, decisão arbitral (fls. 1142-1172 e fls. 1183-1213) que concedeu parcialmente a providência e, assim, intimou a requerida a abster-se de, em território português, ou tendo em vista a comercialização nesse território, importar, fabricar, armazenar, introduzir no comércio, vender ou oferecer os medicamentos genéricos em causa, a retirar do mercado, no prazo de dez dias, contados da notificação da decisão, os ditos medicamentos, e a abster-se de, quanto aos mesmos, praticar as atividades referidas atrás, bem como a pagar às requerentes uma sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso no cumprimento das intimações;

c) Dessa decisão arbitral foi interposto recurso, quer pela ora recorrida, quer pelas ora recorrentes, para o Tribunal da Relação de Lisboa;

d) Admitidos os recursos, foram as recorrentes convidadas para se pronunciarem sobre a eventual ilegitimidade e desproporcionalidade jurídico-constitucional do regime de arbitragem necessária legalmente instituído, tendo as ora recorrentes (cfr. fls. 2522-2525) defendido a constitucionalidade da arbitrabilidade dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos e sua submissão a arbitragem necessária, e a ora recorrida (cfr. fls. 2529-2535) defendido ocorrer a violação dos artigos 64.º e 80.º da Constituição, atentos os custos da arbitragem, e a violação do artigo 20.º «se os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011 forem interpretados no sentido de não permitir à Demandada invocar argumentos de invalidade, para serem considerados no procedimento arbitral».

e) A invocação, pela ora recorrida, em sede de resposta ao pedido feito pelo TRL de pronúncia quanto à eventual ilegitimidade e desproporcionalidade jurídico-constitucional do regime da arbitragem necessária legalmente instituído (cfr. fls. 2529-2535), da violação dos artigos 80.º e 64.º da CRP e do artigo 20.º da CRP «se os artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011 forem interpretados no sentido de não permitir à Demandada invocar argumentos de invalidade, para serem considerados no procedimento arbitral» – invocação retomada nas suas contra-alegações (cfr. síntese conclusiva, n.ºs 20-21 e 34) –, não se mostra determinante do sentido da decisão de não aplicação das normas em causa, como resulta da leitura do acórdão ora recorrido, já que aqueles parâmetros e a dimensão normativa questionada não constituíram, respetivamente, fundamento e objeto do juízo de inconstitucionalidade.

f) O Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 14/05/2015, decidindo dos recursos, veio julgar inconstitucionais as «formulações normativas» contidas nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, por violação do disposto nos artigos 13.º, n.º 1, 18.º, n.º 1, 20.º, n.ºs 1 e 4, 26.º, n.º 1 e 209.º n.º 2 da CRP, tendo, em consequência, considerado competentes os tribunais do Estado para conhecer do litígio e absolver a requerida (ora recorrida) da instância.

7. É deste acórdão que se recorre nos presentes autos.

Cumprе apreciar e decidir.

II – Fundamentação

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

8. Desde logo, cumpre recordar que o recurso vem interposto do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/05/2015 (cfr. fls. 2553-2570), proferido no Processo n.º 1109/14.9YRLSB, em que são recorrentes C., LDA. (ora recorrida) e também A., AG E B. AG (ora recorrentes), o qual absolveu a ora recorrida da instância, nos autos da providência cautelar intentada pelas ora recorrentes.

9. Assim sendo e não obstante poder suscitar-se no presente processo uma questão prévia relativa à recorribilidade para o Tribunal Constitucional no âmbito de processos cautelares, considera-se a questão resolvida no sentido da recorribilidade para este Tribunal – que se admite, *in casu*, pelas razões já 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), para cuja fundamentação se remete (disponível, bem como os demais citados em www.tribunalconstitucional.pt).

B) Do mérito do recurso

10. Tenha-se aqui presente que o objeto do presente recurso é circunscrito à questão de inconstitucionalidade das normas contidas nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro «na parte em que instituíram um regime de arbitragem necessária», para a composição de litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos, «incluindo no que respeita a providências cautelares, assim subtraindo a competência jurisdicional aos tribunais estaduais para conhecer dos litígios em causa – questão sobre a qual as partes foram ouvidas previamente (cfr. despachos de fls. 2514 e 2548)» (cfr. despacho da Relatora de fls. 2587).

No acórdão recorrido, a decisão de não aplicação das normas em causa é fundada num juízo de inconstitucionalidade por alegada violação dos artigos 13.º, n.º 1, 18.º, n.º 1, 20.º, n.ºs 1 e 4, 26.º, n.º 1 e 209.º, n.º 2, da Constituição (cfr. Acórdão do TRL de 14/05/2015, *supra*, 1).

O acórdão ora recorrido considera assim ocorrer a violação do princípio da igualdade, na vertente da proibição de discriminação (artigos 13.º, n.º 1), do artigo 26.º, n.º 1, CRP, do princípio da aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias e da vinculação das entidades públicas e privadas (artigo 18.º, n.º 1, CRP), do

princípio da reserva constitucional de juiz estadual (artigo 202.º, n.º 2, CRP), do direito fundamental de acesso aos tribunais (artigo 20.º, n.ºs 1 e 4), entendido como direito de acesso aos tribunais estaduais, e do artigo 209.º, n.º 2 da CRP, na medida em que, segundo os Juizes Desembargadores, a norma constitucional em causa apenas prevê tribunais arbitrais voluntários e não necessários.

Dos parâmetros invocados, cumpre notar que, quanto ao artigo 26.º, n.º 1, da CRP, a invocação da respetiva violação é circunscrita à parte decisória do Acórdão recorrido, não sendo aduzido qualquer argumento em sede de fundamentação para a conclusão ali alcançada, termos em que não se afigura relevar autonomamente como parâmetro de inconstitucionalidade. Cumpre igualmente notar que a invocação da violação do artigo 202.º, n.º 2 não é expressamente retomada na parte decisória enquanto fundamento do juízo de inconstitucionalidade proferido.

11. Ora, a constitucionalidade do critério normativo que é objeto do presente recurso já foi alvo de apreciação no âmbito dos Acórdãos n.º 123/2015 e 108/2016, da 3.ª Secção do Tribunal Constitucional (disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt). Não obstante não se mostrarem absolutamente coincidentes os parâmetros constitucionais invocados como fundamento do juízo de inconstitucionalidade pelo Tribunal *a quo* e os parâmetros aferidos pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos referidos, certo é que as questões de constitucionalidade colocadas no presente recurso são substancialmente semelhantes às apreciadas na jurisprudência citada.

Assim, dada a identidade substancial do objeto normativo e das questões de constitucionalidade em análise nos presentes autos, entende-se que a fundamentação do juízo de não inconstitucionalidade formulado no primeiro acórdão citado é transponível para a situação *sub judice*, em especial a constante dos excertos que se transcrevem de seguida:

«(...)

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 registo, 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 industriab.*

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.

(...)

10.3 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 oficioso.

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 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. 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.º1, 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 entraves 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 (cfr., 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 (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):

«(...) 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*, II 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 (Cfr. «Parecer sobre o Novo Regime Legal de Resolução de Litígios Patentários», policopiado, 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»²⁹ (29) 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 fato 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 autorais», 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*³⁰ (30) 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 Portuguesa³¹ (31) 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 dúplice natureza emerge agora *unificada* por força do acolhimento de uma «*teoria monista*» que postula a consagração constitucional de um *direito fundamental autorais «sui generis*» englobador de elementos jurídicos-pessoais e de elementos jurídico-patrimoniais³² (32) 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. cfr. Kur in Schrieker Dreier Kur (org.). Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, 2001. p. 23: Derclaye/ 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 autorais», 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 Portuguesa³³. (33) 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.

Tem 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 dirimição de litígios à justiça estadual, seja pelo expresse acolhimento dos tribunais arbitrais constante do n.º 2 do artigo 209.º, seja pela previsão de poder a lei instituir 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 acórdãos 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 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, II Série, de 27 de março de 1996 - já por diversas vezes se afirmou (cfr., acórdãos nos. 419/87 e 98/88, publicados naquele jornal oficial, II 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" (cfr., entre outros, os acórdãos n.ºs. 230/86 e 33/88, respetivamente publicados no Diário da República, I 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 (cfr., acórdão n.º 289/86, publicado no Diário citado, II 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» (cfr. o Acórdão n.º 230/86 do Tribunal Constitucional — Diário da República, I Série, de 12 de setembro de 1986).

Com efeito, o «juiz-árbitro» desenvolve uma função jurídica pela qual declara o Direito (jurisdicção), 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' (cfr. 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» (cfr. 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, 4ª 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 39º 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 contraturalistas de certa doutrina, segundo as quais, o fundamento da *autoritas* 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 carácter 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.

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.

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 perspectiva, 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 138º, 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 conflituantes 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 publicação 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 é

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.

Veira 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.(...)» (cfr. 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 normativa 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 (...)» (cfr. *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 209º 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.

Prevalece-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 20º, e de submissão de litígios a uma jurisdição arbitral, como prevê o n.º 2 do artigo 209º, 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 20º, 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 encontre 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 1ª 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 artº 29º da Lei n.º 63/2011, tal pretensão, de acordo com o disposto no artº 2º 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 recorridas/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 1ª 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 (cfr. fls. 1096-1099):

«Alegam as recorrentes que as normas constantes dos artºs 2º e 3º 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 artºs 2º e 3º 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, 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, II Série, de 27 de março de 1996 - já por diversas vezes se afirmou (cfr., acórdãos nos. 419/87 e 98/88, publicados naquele jornal oficial, II 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" (cfr., entre outros, os acórdãos n.ºs 230/86 e 33/88, respetivamente publicados no Diário da República, I 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 (cfr., acórdão n.º 289/86, publicado no Diário citado, II 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» (cfr. o Acórdão n.º 230/86 do Tribunal Constitucional - Diário da República, I Série, de 12 de setembro de 1986).

Com efeito, o «juiz-árbitro» desenvolve uma função jurídica pela qual declara o Direito (jurisdicção), 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' (cfr. 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» (cfr. 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 (cfr. artigo 3.º, n.º 7).(...)".

Daqui decorre que os artºs 2º e 3º da Lei n.º 62/2011 não são inconstitucionais, não violando o acesso ao direito e aos tribunais, consagrado no artº 20º, nº 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 artº 268º, nºs 4 da CRP, que é uma manifestação do princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrada no artº 20º, nº 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 (artºs 2º e 3º daquela lei e artº 15º-A do EM)", tal como decidiu o STA no Ac. datado de 09.01.13, in Proc. 771/12, disponível in 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 - cfr. artº 3º, n.º 7 da Lei nº 62/2011 - e à anulação das decisões arbitrais - cfr. artºs 46º e 59º, n.º 1-f) e g) da Lei nº 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 artº 27º, 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 imperii*, 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 excuro 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 provisoriade 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 afluída 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 controvertida.

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 emanação 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 requiera 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; 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, 2ª 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):

«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» (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 recorável.

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):

«(...) 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 jurisdicção-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 hipotise 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).

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, 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 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, 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 (*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, 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 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, conseqüentemente, 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 conseqüente decretamento da medida cautelar.»

12.4 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-subjectivas 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, 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.

(...)

12. Nestes termos, por adesão à fundamentação supra reproduzida e ao juízo de não inconstitucionalidade plasmado no Acórdão n.º 123/2015 (reiterado no Acórdão n.º 108/2016), conclui-se no sentido de dever ser concedido provimento ao presente recurso.

III - Decisão

13. Pelo exposto, decide-se:

a) não julgar inconstitucionais as normas dos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, na parte em que instituíram um regime de arbitragem necessária para a composição de litígios emergentes da invocação de direitos de propriedade industrial, relacionados com medicamentos de referência e medicamentos genéricos, incluindo no que respeita a providências cautelares, assim subtraindo a competência jurisdicional aos tribunais estaduais para conhecer dos litígios em causa;

e consequentemente,

b) conceder provimento ao recurso, determinando-se a reforma da decisão recorrida em conformidade com o precedente juízo de não inconstitucionalidade.

Custas pela recorrida, nos termos do artigo 84.º, n.º 2, da LTC, fixando-se a taxa de justiça em 25 (vinte e cinco) UCs, 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, 13 de julho de 2016 - *Maria José Rangel de Mesquita - Lino Rodrigues Ribeiro - Catarina Sarmento e Castro* (,declarando remeter para a declaração de voto junta ao processo n.º 123/2015, pontos 1 e 2.) - *Carlos Fernandes Cadilha - Maria Lúcia Amaral*



TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 435/2016

Tribunal Constitucional

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

Competência

Competência e Processo
Competências
Processos

Juizes

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](#) |

