

# O CARÁCTER *SELF-EXECUTING* DE DISPOSIÇÕES DE TRATADOS INTERNACIONAIS. O CASO CONCRETO DO ACORDO TRIPS

*Pelo Prof. Doutor Fausto de Quadros (\*)*

## *SUMÁRIO:*

I. Introdução. II. O novo período de duração das patentes industriais. III. O Acordo TRIPS e o Direito Português: enunciado do problema. IV. A não vigência interna do Acordo TRIPS. V. O carácter não *self-executing* do Acordo TRIPS. VI. A inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 141/96, de 23 de Agosto: *a)* A inconstitucionalidade orgânica, por falta da necessária autorização legislativa; *b)* A inconstitucionalidade material, por aplicação retroactiva. VII. Conclusão.

## **I. Introdução**

1. Um problema que continua em aberto em Portugal quanto às relações entre o Direito Internacional Público e o Direito interno é o da vigência do Acordo TRIPS na ordem interna portuguesa. Estamos perante uma matéria, essencialmente, de Direito Público, mais concretamente, de Direito Internacional Público (com repercussões importantes também no Direito Comunitário), e não apenas, como se poderia pensar, de Direito da Propriedade Intelectual.

É essa a matéria que nos propomos estudar, partindo da questão da duração das patentes industriais, que tem sido o domínio por

---

(\*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado.

via do qual, porventura, mais problemas têm sido colocados a propósito da vigência do Acordo TRIPS em Portugal.

## II. O novo período de duração das patentes industriais

2. Na cidade marroquina de Marraquexe, a 15 de Abril de 1994, foi concluído o pacote do Uruguay Round, nome por que ficariam conhecidas as negociações internacionais que operaram a reforma do regime do comércio mundial.

Um dos acordos que aí veio a ser assinado referiu-se especificamente ao novo regime internacional do Direito da Propriedade Intelectual, entendimento constante do Anexo 1C ao Acordo que, naquele contexto, criou a Organização Mundial de Comércio (Anexo 1C, doravante designado pela sua sigla inglesa TRIPS — *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, ou seja, *Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio*).

De entre os inúmeros aspectos que se apresentaram como sendo novidade na regulamentação internacional do Direito da Propriedade Intelectual então estabelecida ressaltaria a alteração da duração de protecção das patentes industriais. Como se pode ler no respectivo art. 33.º, inserido na secção 5.ª da parte II, atinente às “Normas relativas à existência, âmbito e exercício dos direitos de propriedade intelectual em matéria de patentes”, prescreve-se que “A duração da protecção oferecida não terminará antes do termo de um período de 20 anos a partir da data do depósito”.

No âmbito do seu Direito interno, o Estado Português, posteriormente, cumpriria os trâmites constitucionalmente fixados com vista à incorporação desses acordos, que são tratados internacionais:

- 1) a *aprovação* — ocorrida em 15 de Dezembro de 1994, pela Resolução da Assembleia da República n.º 75-B/94;
- 2) a *ratificação* — concedida em 22 de Dezembro de 1994, pelo Decreto do Presidente da República n.º 82-B/94;
- 3) a *publicação* — feita no 5.º Suplemento ao *Diário da República*, 1.ª Série-A, n.º 298/94, de 27 de Dezembro, cuja distribuição, no entanto, diga-se de passagem, só viria a ter lugar em Dezembro de 1995.

**3.** Na sequência das alterações trazidas pelo Acordo TRIPS, bem como pelas exigências gerais de modernização impostas neste ramo jurídico no final do século que findou, o legislador português, contemporaneamente, aprovaria legislação neste domínio, desdobrando-a em dois significativos diplomas:

- uma nova regulamentação das instituições que asseguram os direitos industriais — o Decreto-Lei n.º 15/95, de 24 de Janeiro; e
- um novo Código da Propriedade Industrial (CPI) — o Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, autorizado pela Lei n.º 11/94, de 11 de Maio.

Uma das alterações constantes do novo CPI viria precisamente a ser a atinente ao novo regime da duração das patentes industriais. De acordo com o que se pode ler no seu art. 94.º, “A duração da patente de invenção é de 20 anos contados da data do respectivo pedido”.

Esta disposição contrastou, assim, com a disposição anteriormente vigente, contida no antigo CPI, na qual se fixava, através do respectivo art. 7.º, segundo a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 27/84, de 18 de Janeiro, um período menos largo de protecção, de 15 anos: “A patente de invenção cairá no domínio público ao fim de 15 anos, contados da data da respectiva concessão”.

Deste modo, o legislador nacional, cumulativamente com a incorporação do Acordo TRIPS, colocou-se em consonância com o art. 33.º daquele, ao estabelecer, no âmbito de um acto jurídico-público interno, uma idêntica vigência para a protecção das patentes.

**4.** A extensão do período de vigência da duração da patente industrial não se faria, no entanto, sem a adopção de um necessário regime transitório, pelo qual se esclareceria o regime a aplicar às patentes cujos pedidos se fizessem no período de transição entre o antigo CPI e o novo CPI.

Disso se ocupou, de modo específico, o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 16/95, na parte preambular de aprovação do novo CPI, nele se dispondo o seguinte: “As patentes cujos pedidos foram apresentados antes da entrada em vigor do presente diploma con-

servam a duração que lhes era atribuída pelo artigo 7.º do Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 30 679, de 24 de Agosto de 1940”.

Assim sendo, com o início da vigência do CPI, o ordenamento jurídico português passou a ter, quanto à duração das patentes, *duas soluções distintas*, levando em consideração este especial regime transitório de carácter formal, ao ter-se escolhido a aplicação de uma das soluções em análise:

- de 15 anos para as patentes cujos pedidos fossem entregues até 1 de Junho de 1995, data da entrada em vigor do novo CPI, bem como naturalmente para aquelas que já tivessem sido concedidas;
- de 20 anos para as patentes cujos pedidos fossem entregues a partir de 1 de Junho de 1995.

5. A despeito da regulação constante destas novas disposições legais em matéria de duração das patentes industriais, sendo sensível às dúvidas colocadas por certos sectores económicos, o Estado Português produziria nova legislação sobre esta específica matéria.

Pelo Decreto-Lei n.º 141/96, de 23 de Agosto, o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 16/95, que fixava aquele regime transitório, foi revogado e, no seu lugar, estabeleceu-se um novo regime transitório, distribuído, respectivamente, pelos dois números do art. 1.º daquele diploma governamental:

- “Às patentes cujos pedidos foram apresentados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, vigentes em 1 de Janeiro de 1996, ou concedidas após esta mesma data, aplica-se o disposto no artigo 94.º do Código da Propriedade Industrial”;
- “Nos casos em que a aplicação do disposto no número anterior conduza a uma redução do período de validade das patentes em relação ao que lhes era atribuído pelo artigo 7.º do Código da Propriedade Industrial aprovado pelo Decreto-lei n.º 30.679, de 24 de Agosto de 1940, aplica-se o disposto nesta última disposição”.

Com esta intervenção legislativa governamental, pretendeu-se abranger um período de tempo, em matéria de regulação da duração da protecção das patentes industriais, operando-se a sua total harmonização relativamente à regulamentação constante do art. 33.º do Acordo TRIPS, o qual, tendo supostamente entrado em vigor em Portugal a partir de 1 de Janeiro de 1996, não estaria a ser devidamente abrangido pela lei interna.

Por conseguinte, de acordo com este novo regime transitório formal, que revogaria o regime transitório anteriormente criado, passou a ser este o novo esquema de transição quanto ao aspecto da duração das patentes industriais:

- de 15 anos para as patentes cujos pedidos fossem apresentados antes de 1 de Junho de 1995 (data da entrada em vigor do novo CPI) e cujos efeitos se encontrassem extintos em 1 de Janeiro de 1996;
- de 20 anos para as patentes cujos pedidos fossem apresentados antes de 1 de Junho de 1995, mas desde que vigentes em 1 de Janeiro de 1996;
- de 20 anos para as patentes cujos pedidos, feitos antes de 1 de Junho de 1995, só fossem deferidos após 1 de Janeiro de 1996.

### **III. O Acordo TRIPS e o Direito Português: enunciado do problema**

6. Deixando agora de lado o puro problema da duração das patentes, concentremo-nos neste estudo sobre a questão da vigência do Acordo TRIPS na ordem interna portuguesa. Nesse plano, que é o do Direito Internacional, a discussão tem girado sobretudo à volta da eficácia jurídica que deve ser atribuída, na ordem interna portuguesa, ao citado art. 33.º do Acordo TRIPS, pelo qual se estabelece a nova duração de 20 anos.

É verdade que aquele regime se afigura claro na determinação da nova duração que se concede ao exercício destes direitos. É também claro que não se suscitam dúvidas a respeito da tramitação que foi seguida para incorporar o Acordo TRIPS — e bem assim, logicamente, o art. 33.º, como sua parcela — na ordem jurí-

dica portuguesa. Mas isso não pode ser tudo. É que a invocabilidade das normas de convenções internacionais por parte da comunidade jurídica do Estado para cuja ordem jurídica as mesmas foram integradas não é ainda suficiente.

Cumpra saber, em primeiro lugar, se o Acordo TRIPS se encontra efectivamente em vigor na ordem jurídica interna portuguesa, eficácia que depende não apenas dos termos que o Direito Internacional Público define para a vigência dos tratados na esfera internacional como também do respeito por certas exigências que o Direito interno português estabelece para o efeito. Mesmo que a vigência internacional seja uma realidade, o não preenchimento de certos requisitos tidos por necessários na ordem jurídica interna acarreta a recusa da respectiva vigência no foro doméstico, não podendo o específico regime de 20 anos da duração da patente industrial ser considerado relevante para conformar as situações da vida.

Há que averiguar, por outro lado, se essa normação se encontra provida de efeito directo, o que não lhe é dado apenas pela respectiva incorporação. Teremos ocasião de mostrar que não existe a possibilidade de os particulares invocarem essa norma internacional, porque o tratado em causa, quanto às patentes industriais, não é *self-executing*, carecendo, antes, da interposição adaptadora por parte da legislação interna de cada Estado, neste caso, do Estado Português.

7. Nalguns casos em que com recurso ao Acordo TRIPS não se conseguiu demonstrar a duração de 20 anos da patente em causa foi invocado que o Decreto-Lei n.º 141/96 teria vindo assegurar esse prolongamento. Segundo essa tese, esse teria sido, confessadamente, o escopo fundamental desse diploma, na medida em que, segundo se lê no seu preâmbulo, “torna-se necessário completar a harmonização do Código da Propriedade Industrial com a interpretação que é dada ao Acordo TRIPS em matéria de duração das patentes” (1).

---

(1) Cfr. o § 5.º do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 141/96, in *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 195, de 23 de Agosto de 1996, pg. 2665.

Todavia, aquele diploma, como mostraremos, não consegue atingir esse desiderato.

É que, à luz dos ditames intransponíveis da Constituição Portuguesa, aquele diploma encontra-se ferido de *inconstitucionalidade*, não só *orgânica* como, também, *material*:

- orgânica, porque se trata de um decreto-lei do Governo que não foi antecedido de autorização legislativa por parte do Parlamento, sendo certo que se trata de domínios da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República;
- material, tendo em atenção a retroactividade praticada em violação do princípio do carácter não retroactivo das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.

#### IV. A não vigência interna do Acordo TRIPS

8. Contudo, o Acordo TRIPS, pelo menos quanto às patentes industriais, *não está em vigor na Ordem Jurídica portuguesa*.

Não se pode, portanto, inferir qualquer desarmonia entre o regime transitório constante do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 16/95 por confronto com o Acordo TRIPS, pelo simples facto de o Acordo TRIPS não estar em vigor. Portanto, não se pode fazer qualquer aplicação directa do Acordo TRIPS no Direito Português.

9. O regime internacional concernente à conclusão dos tratados internacionais, como é inequivocamente o caso, obedece a várias fases ou momentos de desenvolvimento do mesmo, sendo o último deles o da sua entrada em vigor, aliás devidamente sistematizado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 23 de Maio de 1969 <sup>(2)</sup>.

De um modo geral, a entrada em vigor dos tratados internacionais só vem a acontecer, para cada um dos Estados que aos mes-

---

(2) Um estudo desenvolvido dessa Convenção encontra-se, na doutrina portuguesa, em ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, 1993 (reimpressão de 2000), pgs. 169 e segs., com mais bibliografia aí citada.

mos se vinculam pela ratificação, após a manifestação das respectivas vontades de aos mesmos se pretenderem vincular. Esta é, pois, a fase que necessariamente antecede o momento da entrada em vigor.

A preocupação na fixação desse momento do início de vigência leva, a seguir, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados a estabelecer diversos critérios para se efectuar essa determinação.

A regra supletiva é a da emissão da vontade de vinculação internacional ao tratado por parte de todos os Estados que tenham participado na negociação. É isso que se escreve no respectivo art. 24.º, no seu n.º 2: “Na falta de tais disposições ou de um tal acordo, um tratado entra em vigor logo que o consentimento a ficar vinculado pelo tratado seja manifestado por todos os Estados que tenham participado na negociação”.

Esta é, porém, uma regra que só se aplica na ausência de qualquer indicação a respeito da matéria do termo *a quo* da vigência internacional no próprio tratado internacional que se analisa. Mas há uma gama de possibilidades, que se podem inserir no próprio tratado, que têm de ser consideradas, para as quais chama precisamente a atenção o art. 24.º, agora no seu n.º 1, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São elas essencialmente duas, pelo que o início de vigência é assim susceptível de duas combinações possíveis:

- ou essa data é fixada no próprio texto de um tratado, sabendo-se de antemão, na adopção do texto e na vinculação, a partir de que momento se pretende atribuir-lhe vigência internacional;
- ou essa data, ausente do articulado do tratado internacional, é acordada posteriormente entre os Estados que tenham participado na negociação do mesmo.

**10.** Observando o Acordo TRIPS, verificamos que o início da sua vigência — juntamente com todos os outros acordos que se integram no pacote do Uruguay Round, cujo acordo principal, como se disse, respeita à criação da Organização Mundial de Comércio — corresponde à segunda modalidade enunciada.

De facto, não se fixa no texto do Acordo nenhuma data a partir da qual o mesmo possa entrar em vigor; mas também não nos deparamos propriamente com uma situação em que nada se diga a esse respeito. Prevê-se, sim, a possibilidade de uma deliberação posterior específica, por parte dos Estados signatários, quanto a esse momento de início de vigência.

É o que se pode ler no art. XIV, n.º 1, terceira e última parte, do Acordo principal: “O presente Acordo e os acordos comerciais multilaterais que o acompanham entrarão em vigor na data fixada pelos Ministros, em conformidade com o n.º 3 da Acta Final que consagra os resultados das negociações comerciais multilaterais do Uruguay Round (...)” (3).

A leitura do n.º 3 da Acta Final, segunda parte, para a qual aquela disposição remete, esclarece-o: “Em conformidade com o último parágrafo da Declaração Ministerial de Punta Del Este, os Ministros reunir-se-ão, o mais tardar no final de 1994, a fim de decidirem da aplicação, a nível internacional, dos resultados, incluindo a data da sua entrada em vigor” (4).

Compreende-se que assim seja. O remeter-se para decisão posterior a definição sobre o início da vigência do tratado é a melhor solução por causa da complexidade da matéria a regular, que carece de uma segunda ponderação por parte daqueles Estados que, num primeiro momento, intervieram na negociação do tratado. O sentido do Acordo TRIPS e dos vários acordos da Organização Mundial de Comércio bem se inscreve decerto nessa orientação.

**11.** Esta não é, no entanto, a única norma que pode interessar à definição da vigência internacional do Acordo TRIPS, uma vez que o acordo principal de criação da Organização Mundial de Comércio estabelece uma orientação na matéria.

No próprio n.º 3 da Acta Final, na sua primeira parte, define-se uma preocupação específica em termos de calendário para a entrada em vigor dos vários acordos do Uruguay Round. Apenas

---

(3) Cfr. o *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 298, de 27 de Dezembro de 1994, pg. 7380-(1005).

(4) *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 298, de 27 de Dezembro de 1994, pg. 7380-(1000).

se adianta uma data provável, mas que, a final, fica sempre dependente de uma deliberação: “Os Representantes acordam em que é desejável que o Acordo OMC seja aceite por todos os participantes nas negociações comerciais multilaterais do Uruguay Round (a seguir denominados «participantes»), a fim de que possa entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1995 ou o mais rapidamente possível após essa data” (5).

Como compatibilizar então esta norma com a referida modalidade de início de vigência, dependente da deliberação dos Ministros dos Estados signatários?

Consideramos que não há contradição alguma. É que a primeira parte do n.º 3 da Acta Final apenas expressa uma orientação de natureza política, reflectindo o desejo dos negociadores do Uruguay Round no sentido da conveniência de os diversos acordos entrarem em vigor a partir de 1 de Janeiro de 1995, prazo ao qual deveria acrescer a dilação de um ano para o Acordo TRIPS.

Aliás, se bem se reparar, essa menção não é sequer taxativa na data apresentada: depois de se indicar o desejo de a vigência se iniciar em 1 de Janeiro de 1995, afirma-se, logo a seguir, que tal pode acontecer mais tarde, devendo tal suceder, no entanto, “o mais rapidamente possível”.

**12.** A vigência internacional dos tratados internacionais em geral, e do Acordo TRIPS e dos acordos da Organização Mundial do Comércio em especial, não tem necessariamente de corresponder à sua vigência interna. *São duas esferas de eficácia normativa claramente distintas.* Este é um dos pontos em que o Direito Internacional claramente ergue uma diferença, ela própria de cariz existencial para esse sector jurídico, por forma a não fazer reflectir, no plano internacional, a diversidade de soluções de cada Estado, determinadas pelos respectivos textos constitucionais, o que poderia comprometer o seu êxito como fonte normativa comum.

Para a Constituição Portuguesa, nos termos do seu art. 8.º, n.º 2, a vigência interna de uma convenção internacional — ou,

---

(5) *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 298, de 27 de Dezembro de 1994, pg. 7380-(1000).

atomisticamente, das suas disposições — está dependente da verificação cumulativa de três factores:

- a sua regular ratificação e aprovação;
- a sua publicação no jornal oficial; e
- a sua vigência no plano internacional.

Percebe-se muito bem que, para a Constituição Portuguesa, a vigência interna de convenções internacionais se apresente rodeada de tantas cautelas. É que o legislador constitucional não pretende que Portugal fique inutilmente vinculado, no plano interno, a uma convenção que não esteja vigente internacionalmente, ou cujo conteúdo não possa ser conhecido pelos cidadãos, ou ainda que fira os trâmites que expressam os princípios democráticos da separação de poderes e da participação dos órgãos constitucionalmente competentes para intervir na aprovação e ratificação das convenções internacionais.

13. A análise destes três requisitos apresenta-se como extremamente importante para sabermos se, em Portugal, o Acordo TRIPS se encontra em vigor.

Relativamente ao primeiro requisito, não temos nada a dizer, na medida em que tanto a aprovação como a ratificação respeitaram os ditames constitucionais que disciplinam a respectiva produção e conteúdo <sup>(6)</sup>.

Também no tocante ao segundo requisito, não se assinala qualquer hesitação acerca da respectiva publicação no jornal oficial, tanto na língua inglesa como na língua portuguesa.

Mas quanto ao terceiro requisito, temos uma dúvida fundamental: é que, olhando para o *Diário da República*, depois que os acordos da Organização Mundial de Comércio foram publicados, incluindo o Acordo TRIPS, *não dispomos de qualquer informação, na forma de Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, acerca*

---

<sup>(6)</sup> Quanto ao regime da conclusão dos tratados internacionais no Direito Português, v. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual*, pgs. 186 e segs.; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Aspectos especiais da feitura dos tratados*, in AAVV, *A Feitura das Leis*, II, Oeiras, 1986, pgs. 409 e segs.; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1993, pgs. 83 e segs.; JORGE MIRANDA, *Direito Internacional Público - I*, Lisboa, 1995, pgs. 117 e segs.

*do seu início de vigência no plano internacional, nos termos em que a mesma terá ficado regulamentada. Não sabemos em que data, tal como se dispõe no n.º 3 da Acta Final, os vários acordos terão entrado em vigor na esfera internacional, se é que verdadeiramente isso já aconteceu.* Estamos, sem dúvida, perante uma questão muito séria.

**14.** O que se impõe aquilatar é se este desconhecimento, no plano do Direito interno, tem implicações quanto à vigência dos acordos da Organização Mundial de Comércio, bem como especificamente do Acordo TRIPS, supondo que essa determinação de início de vigência tenha provavelmente ocorrido — o que, repetidamente, não sabemos, porque disso não temos notícia.

Pode-se ser tentado a pensar que, da leitura do art. 8.º, n.º 2, da Constituição, não será porventura possível extrair-se a drástica consequência de não estar em vigor internamente um tratado que o estivesse na esfera internacional só pelo facto de não se saber, por ausência de publicação no jornal oficial, do Aviso informando da verificação do acto que tivesse deliberado o início daquela vigência. Dir-se-ia, nesse caso, que a exigência literal desse art. 8.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa apenas se refere à publicação do tratado, mas não de quaisquer actos complementares do mesmo, como seria aquele que determinasse o início da sua vigência num qualquer momento ulterior, sendo também certo que a existência de publicação se referiria ao sentido das normas das convenções, não directamente aos actos secundários ou complementares que estipulassem eventualmente o início da respectiva vigência.

**15.** Esta é, porém, uma argumentação que não nos convence. Estamos seriamente convencidos de que a informação, no jornal oficial português, na modalidade de Aviso, acerca do início da vigência de um tratado internacional, quando este delegou numa deliberação posterior essa fixação, se afigura *necessária* para que, no plano interno, esse tratado possa entrar em vigor.

Assim tem de ser, porque a publicitação da existência desse acto de algum modo se apresenta como o *prolongamento do articulado do tratado internacional* e, portanto, se deve pacificamente integrar na exigência geral da publicação do tratado no jornal oficial.

É que, para efeitos de cognoscibilidade geral da comunidade jurídica portuguesa, imperativo constitucional da maior importância para se evitarem fontes normativas secretas, *tão importante é conhecer-se o articulado do tratado como saber-se o seu início de vigência*, ainda que este momento se configure de maneira diferente.

Mesmo que isso não seja expressamente admitido, no fim de contas, o requisito constitucional da publicação não se dirige apenas ao conjunto normativo do tratado, como unicamente a Constituição o diz. Ele também se apresenta necessário para outros actos que também contribuem para a vigência do tratado — como certamente é o caso do acto que fixa o início da sua vigência.

Para esta orientação parece inclinar-se também JORGE MIRANDA, submetendo os Avisos de ratificação e quaisquer outros actos a um mesmo requisito geral de publicação no jornal oficial: “Todas as convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas, para vigorarem na ordem interna, têm de ser publicadas no jornal oficial, *Diário da República*. Carecem igualmente de publicação os avisos de ratificação e os restantes avisos respeitantes a convenções internacionais” (7).

**16.** Essa conclusão também se apresenta como segura se pensarmos nos problemas práticos que adviriam de apenas nos bastarmos com a mera publicação no jornal oficial do texto do tratado e de prescindirmos da publicação da deliberação acerca da sua entrada em vigor.

Se assim fosse, nunca a comunidade jurídica portuguesa poderia saber a partir de que momento deveria adequar a sua conduta — ou os órgãos pertinentes do Estado, no caso de terem de emitir a legislação devida — ao estabelecido no articulado de uma convenção internacional em apreço (8). Violar-se-iam, desse modo,

---

(7) JORGE MIRANDA, *op.cit.*, pg. 138.

(8) Escopo essencial que preside à exigência de publicação das convenções internacionais, em termos de cognoscibilidade do respectivo conteúdo, como refere JORGE MIRANDA (*op.cit.*, pgs. 180 e 181): “Quanto ao n.º 2 do art. 8.º, ele não faz depender a vigência na ordem interna das normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas senão da sua publicação oficial (o que bem se compreende, pois *nenhum cidadão pode ser destinatário de uma norma jurídica sem que disponha de um meio objectivo de a conhecer*)” (o itálico é nosso).

princípios fundamentais do Estado de Direito, como são os da *certeza* e da *segurança jurídicas*, duas traduções do princípio da *tutela da confiança* <sup>(9)</sup>.

Além disso, porém, haveria também, certamente, uma situação de impossibilidade prática de cumprir o tratado, nem sequer se preenchendo o objectivo que decerto terá estado na mente do legislador constituinte, ao ter imposto este requisito de publicidade: não deixar que a comunidade interna seja surpreendida pela vigência de tratados internacionais que, não fixando a sua vigência e remetendo-a para acto posterior, não permitam ter antecipadamente conhecimento desse momento.

17. De alguma maneira, o que esta especial modalidade de fixação do termo *a quo* da eficácia internacional de um tratado levanta, compaginando-a com o requisito da publicação no jornal oficial, é a necessidade de uma interpretação extensiva deste requisito constitucional.

Na óptica do Direito Internacional, isso compreende-se pela natureza equiparável à das normas das convenções que se deve atribuir a esta modalidade de determinação do início de vigência. Não sendo feita a determinação do início da vigência no próprio tratado internacional, a deliberação conjunta que visa estabelecer a data do início da sua vigência tem uma idêntica eficácia, devendo do mesmo modo também sujeitar-se ao requisito da publicação. Trata-se, do mesmo modo, de um acto colectivo de projecção internacional, que determina a eficácia do restante tratado, do qual todo esse articulado se encontra dependente.

Este seu carácter equiparável deve, depois, ter a sua correspondência no plano da publicitação que ao mesmo internamente se vai atribuir. No fim de contas, dada a sua importância, merece o igual tratamento de dever ser objecto de publicação no jornal oficial, tal como terão sido antes as normas que integram o articulado do respectivo tratado.

---

<sup>(9)</sup> Assim, e lapidariamente, por todos, MAURER, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in ISENSEE e KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, Heidelberg, 1988, pgs. 222-223.

## V. O carácter não *self-executing* do Acordo TRIPS

18. Mesmo que a explicação que demos não fosse convincente — o que admitimos como mera hipótese académica —, existiria sempre uma segunda razão para se defender a inaplicabilidade do Acordo TRIPS na conformação da duração das patentes industriais: o carácter não *self-executing* do Acordo TRIPS.

A dúvida que se suscita por forma a inviabilizar a aplicação do novo regime do art. 33.º do Acordo TRIPS para a duração da patente relativa ao carácter *self-executing* do tratado é, contudo, um tema que se apresenta, nos dias de hoje, perfeitamente resolvido pela moderna doutrina e jurisprudência do Direito Internacional Público, passada que está o que foi uma primeira fase de hesitação.

A questão de Direito que está aqui em causa, sendo nesse sentido que se deve entender a locução inglesa *self-executing*, é saber se é possível os efeitos jurídicos constantes do Acordo TRIPS serem invocados nas relações jurídicas que se estabelecem entre os particulares, logo que o Estado Português tenha manifestado a sua vinculação a tal acordo.

19. Debrucemo-nos um pouco mais profundamente sobre este problema.

Para facilitarmos a nossa investigação, podemos, desde logo, afastar a interpretação segundo a qual por carácter *self-executing* do Acordo TRIPS se quer dizer a sua “*aplicabilidade directa*”, no sentido da sua “*aplicabilidade imediata*”, ou a sua “*exequibilidade*” no Direito interno, como já o entendeu entre nós, por exemplo, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 22 de Outubro de 1998, no caso *Merck, Cia., e outra* <sup>(10)</sup>.

Esse entendimento da natureza *self-executing* de um tratado internacional (no caso, o Acordo TRIPS) merece a nossa frontal discordância.

---

<sup>(10)</sup> Ainda não publicado.

O tratado internacional é uma fonte de Direito Internacional Público <sup>(11)</sup>. Ora, como noutra local escrevemos, o Direito Internacional é uma “Ordem Jurídica de mera *coordenação* de soberanias e assenta, portanto, em relações *horizontais* de simples *cooperação* entre Estados” <sup>(12)</sup>. É por isso que, em princípio, o Direito Internacional, e em particular os tratados internacionais, só vigoram na ordem interna se e na medida em que os Estados, *no exercício da sua soberania*, o desejarem e nisso consentirem: veja-se o exemplo do Acordo TRIPS, que só vigora na ordem interna portuguesa se, como atrás se disse, se subordinar às exigências do art. 8.º, n.º 2, da Constituição, que concede ao Estado Português o poder discricionário de incorporar ou não um tratado internacional na ordem interna <sup>(13)</sup>.

Por isso, a “*aplicabilidade imediata*” ou a “*exequibilidade*” de um tratado na ordem interna, com o sentido de se tentar reconduzir a relação entre o Direito Internacional e o Direito interno à *hierarquia*, tal como a relação hierárquica se coloca entre fontes *internas* do Direito — como o faz, por exemplo, o citado Acórdão da Relação de Lisboa —, tem de ser totalmente posta de parte, porque é *contrária e desadequada à própria natureza e à estrutura do Direito Internacional*. Só assim não aconteceria se a Comunidade Internacional fosse um Estado Federal Mundial, o que ela não é nem pretende, por ora, ser <sup>(14)</sup>.

**20.** Afastada que ficou, portanto, a aplicabilidade directa, ou imediata, ou a exequibilidade, do Direito Internacional (inclusive dos tratados internacionais) na ordem interna, resta-nos o seu *efeito directo*.

A distinção entre a aplicabilidade directa e o efeito directo dos tratados internacionais ou das normas neles contidas é elementar:

---

<sup>(11)</sup> Assim, entre nós, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pgs. 169 e segs.; e os clássicos C. ROUSSEAU, *Droit International Public*, t. I, 2.ª ed., Paris, 1970, pgs. 61 e segs., e W. WENGLER, *Völkerrecht*, t. I, Berlim, 1964, pgs. 184 e segs.

<sup>(12)</sup> GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pg. 34.

<sup>(13)</sup> Assim, também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, anotação ao art. 8.º, n.º 2; e GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pgs. 110 e segs.

<sup>(14)</sup> V., por último, a demonstração dessa afirmação em B. SIMMA, *The Charter of the United Nations — A Commentary*, Oxford, 1994, especialmente pgs. 12 e segs.

enquanto que naquela se pretende verter os tratados internacionais na ordem estadual sem o crivo da Constituição, operando-se, portanto, a sua recepção automática e imediata na ordem interna — o que, como mostrámos, é vedado pelo art. 8.º, n.º 2, da Constituição —, no efeito directo confere-se aos particulares o poder de invocar os efeitos da norma na ordem interna sem que sejam necessárias, para o efeito, medidas internas de prévia adaptação das respectivas normas do tratado. Por outras palavras, as normas do tratado gozam de efeito directo quando os direitos que elas conferem a particulares podem ser invocados por estes na ordem interna sem a necessidade de medidas nacionais de adaptação daquelas normas, desde que, claro, o respectivo Estado esteja internacionalmente vinculado ao respectivo tratado <sup>(15)</sup>. É nestes termos que define o carácter *self-executing* dos tratados internacionais ALBERT BLECKMANN, quando escreve: “Um tratado internacional é *self-executing* se ele estabelece direitos e deveres subjectivos para os particulares e se os particulares podem reclamar a sua aplicação perante os tribunais e as autoridades nacionais” <sup>(16)</sup>.

**21.** Cabe, então, perguntar agora: afastada que ficou, pelos motivos apontados, a possibilidade de se atribuir ao Acordo TRIPS “aplicabilidade imediata” ou “exequibilidade” no Direito interno Português, tem ele efeito directo e, portanto, é ele, neste sentido, *self-executing*?

Dando por adquirido, sem se conceder, que aquele Acordo vincula Portugal — o que, fundadamente, mostrámos atrás não

---

<sup>(15)</sup> Fazendo esta distinção entre aplicabilidade directa e efeito directo, v. JOE VERHOEVEN, *La notion d'«applicabilité directe» du Droit International*, in AAVV, *L'effet direct en Droit Belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, Bruxelles, 1980, pgs. 244 e segs.; MARC J. BOSSUYT, *The direct applicability of international instruments on human rights*, in AAVV, *L'effet direct en Droit Belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, Bruxelles, 1980, pgs. 318 e 319; FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público – Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu*, Coimbra, 1984, pgs. 413 e segs.; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op.cit.*, pgs. 113 e segs.

<sup>(16)</sup> ALBERT BLECKMANN, *Self-executing Treaty provisions*, in *Encyclopedia of Public International Law*, VII, Amsterdão, Nova Iorque, Oxford, 1984, pg. 414.

acontecer, tornando essa conclusão, só por si, despicienda a discussão sobre o carácter *self-executing* do Acordo —, adiantaremos que a averiguação do efeito directo de um tratado internacional, na acepção que lhe demos, pode ser perspectivada de acordo com um conjunto múltiplo de factores, os quais esclarecem o intérprete acerca da força jurídica que se quis imprimir a determinado texto normativo, na sua conexão com o ordenamento jurídico interno de cada Estado.

O critério que normalmente se apresenta como mais importante para a explicitação do carácter *self-executing* ou não *self-executing* de uma convenção internacional respeita ao conjunto de disposições que a mesma contenha acerca das condições da respectiva aplicação. Ou seja: cabe, antes de tudo, perguntar *ao próprio tratado internacional* como é que ele se posiciona perante o seu cariz *self-executing*, ouvindo-se o que ele tem a dizer sobre essa matéria.

Como esclarecem NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, “um tratado — ou uma disposição de um tratado — é *self-executing* sempre que a sua aplicação *não exige medidas internas complementares*”. E também definem os tratados não *self-executing*: “Ao contrário, os tratados não apresentam um carácter *self-executing* se não se bastam a si mesmos e os Estados partes *devem tomar as providências internas necessárias à sua execução*” (17).

Note-se que esta posição é sufragada pela jurisprudência internacional. De facto, no caso da *troca das populações turcas e gregas*, considerado o Acórdão paradigmático nesta matéria, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional, pelo seu Acórdão de 21 de Fevereiro de 1925, decidiu que não é *self-executing* um tratado que, para a sua aplicação na ordem interna, exija modificações a introduzir pelo respectivo legislador nacional (18).

**22.** A leitura do acordo geral para a criação da Organização Mundial de Comércio, do qual o Acordo TRIPS é um anexo, é, em

(17) NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Droit International Public*, 6.ª ed., Paris, 1999, pg. 231. Os itálicos são nossos.

(18) PCIJ Reports, Série B, n.º 10, pg. 20.

primeiro lugar, muito peremptória nessa explicitação, dando-lhe resposta negativa.

É essa a conclusão a que se chega lendo o seu art. XVI, n.º 4: “Cada Membro assegurará a conformidade das suas disposições legislativas, regulamentares e administrativas com as suas obrigações, tal como enunciadas nos acordos que figuram em anexo” (19).

Por aqui se percebe que *estes acordos não pretendem ser invocados pela generalidade dos cidadãos das comunidades jurídicas dos Estados* que vierem a vincular-se aos tratados. Eles têm o fito de se dirigirem *apenas aos Estados membros*, apresentando-se como deveres que devem ser respeitados, possibilitando-se que esse cumprimento seja levado a cabo apenas após a emissão das competentes “disposições legislativas, regulamentares e administrativas” internas.

Não é já o próprio tratado internacional que, por si mesmo, se vai apresentar como a fonte dessa regulação normativa. Um exemplo praticamente igual é dado por NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, demonstrando a sua definição de tratado não *self-executing*, embora não deixem de forçar os Estados a tomar as medidas internas necessárias ao cumprimento do que neles se encontra clausulado: “Certos instrumentos contêm uma cláusula que confirma esta obrigação. Assim, o art. 19.º da Constituição da OIT convida os Estados a tomar «aquelas medidas que serão necessárias para tornar efectivas as disposições» das convenções concluídas sob os auspícios da Organização” (20).

É, aliás, uma situação muito vulgar nos tratados-quadro ou nos tratados-base, ou ainda em tratados institutivos de organizações internacionais.

**23.** A leitura geral do Acordo TRIPS, por seu lado, elucidados também como, realmente, os negociadores deste tratado internacional se interessaram por este problema, chegando mesmo ao ponto de lhe dedicarem um preceito, também *no sentido de não o conceberem como tendo carácter self-executing*.

---

(19) *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 298, de 27 de Dezembro de 1994, pg. 7380-(1005).

(20) NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *op. cit.*, pg. 231.

No respectivo art. 1.º, n.º 1, nas suas primeira e última partes, não se consentem dúvidas quanto a essa natureza: “Os Membros implementarão as disposições do presente Acordo. (...) *Os Membros determinarão livremente o método adequado para a execução das disposições do presente Acordo, no quadro dos respectivos sistemas e práticas jurídicas*” (21).

Este é um segundo factor do carácter não *self-executing* que se extrai, desta feita, do próprio Acordo TRIPS, em plena consonância, aliás, com o sentido geral que pudemos colher do acordo geral da Organização Mundial de Comércio.

Dito de outro modo: afinal, *o Acordo TRIPS dirige-se ao legislador nacional para que este o transforme em Direito interno*. Esse é um sinal evidente do carácter não *self-executing*, como explicita, com grande clareza, ALBERT BLECKMANN: “Nem todos os tratados podem ser directamente aplicados pelos tribunais e autoridades nacionais, nomeadamente se tais tratados são somente endereçados ao Estado ou ao legislador nacional; aqui, é necessária uma lei posterior para substancializar o tratado. *Esta lei, não o tratado, é que é directamente aplicável*” (22).

24. Esse sentido do carácter não *self-executing* do Acordo TRIPS é ainda visível no facto de em muitas das suas disposições transitórias se estipular a necessidade da adopção de legislação interna para o respectivo cumprimento.

É evidente que nesses regimes transitórios especiais se pretende, primordialmente, esclarecer que certos Estados, dado o seu menor grau de desenvolvimento, só têm de cumprir o estipulado no Acordo TRIPS num momento bastante posterior, consoante as matérias em questão.

Mas, implicitamente, desse regime se retira a orientação de que não basta, para a efectividade interna do Acordo TRIPS, a vinculação ao mesmo, sendo ainda necessária a adopção de normas internas que com ele se conformem. Isso fica realçado em alguns

---

(21) *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 298, de 27 de Dezembro de 1994, pg. 7380-(1187). O itálico é nosso.

(22) ALBERT BLECKMANN, *op.cit.*, pg. 414. O itálico é nosso.

desses regimes transitórios, perspectivando-os no ponto específico dos procedimentos que internamente se podem adoptar.

Isso vê-se bem no art. 65.º, n.º 3, do Acordo TRIPS, ainda que retratando uma situação que não é a de Portugal (é a dos países em vias de desenvolvimento), contribuindo genericamente pela sua conclusão: “Qualquer outro Membro que se encontre em processo de transição de uma economia planificada para uma economia de mercado baseada na livre empresa, e que esteja a proceder a uma reforma estrutural do seu sistema de propriedade intelectual e enfrente problemas especiais a nível da preparação e implementação das disposições legislativas e regulamentares em matéria de propriedade intelectual, pode igualmente beneficiar de um período de prorrogação conforme previsto no n.º 2” (23).

E nem sequer o princípio geral enunciado no n.º 5 desse art. 65.º do Acordo TRIPS pode suscitar quaisquer dúvidas, dissociando claramente entre a eficácia do acordo e a normaçaõ interna que seja indispensável produzir: “Um Membro que recorra a um período transitório nos termos dos n.ºs 1, 2, 3 e 4 velará por que as eventuais alterações introduzidas durante esse período a nível das suas disposições legislativas e regulamentares e das suas práticas não resultem num nível inferior de compatibilidade com o disposto no presente Acordo”.

25. É finalmente de apresentar como mais um argumento no sentido do carácter não *self-executing* do Acordo TRIPS o conjunto de sanções que neste se estabelecem para os Estados que, no tempo devido, não apliquem o respectivo regime.

Ora, se é o próprio tratado que encara a possibilidade desta forma da sua infracção, então é de supor, com inteira razoabilidade, que não acredita na sua natureza *self-executing*. Se acreditasse, o respectivo regime, aquando da vinculação dos Estados e aquando da sua inserção nos seus ordenamentos jurídicos, teria um êxito assegurado, pelo que seria inútil consagrar este conjunto de preocupações.

---

(23) *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 298, de 27 de Dezembro de 1994, pg. 7380-(1200).

E, como se sabe da Teoria Geral da Interpretação Jurídica, não é crível que o legislador tenha estabelecido normas inúteis — *interpretatio in quacumque dispositione sic facienda ut verba non sint superflua et sine virtute operandi* — e, pelo contrário, importa dar-lhe toda a eficácia, que neste caso postula o carácter não *self-executing* do tratado.

26. Assim se percebe que é o próprio Acordo TRIPS a interpretar-se a si próprio como sendo não *self-executing*, resolvendo logo essa dúvida. Assim se percebe também que os respectivos negociadores não quiseram atribuir-lhe carácter *self-executing* e preferiram esperar pela intervenção dos diversos legisladores nacionais para que o tratado pudesse ser adaptado ao interesse nacional aplicado aos particulares.

E, no plano dos interesses subjacentes, outra solução não podia ser melhor. É que no Acordo TRIPS se encontram presentes as mais candentes razões para a determinação do seu carácter não *self-executing*: precisamente quando a novidade das alterações, aliada à tecnicidade e complexidade jurídicas de muitas delas, aconselha a remeter o cumprimento do seu clausulado para as normas internas.

É por isso que também não devemos olvidar da universalidade com que se quer marcar o Acordo TRIPS e os demais acordos envolvidos nas negociações do Uruguay Round. Naturalmente que a essa tendência para uma sua aplicação em todo o mundo se devem seguir mecanismos que permitam a sua mais fácil adaptabilidade aos diversos sistemas jurídicos nacionais, eivados de muitas diferenças históricas, dogmáticas e regulativas. E só o carácter não *self-executing* confere a suficiente margem de manobra para que isso venha realmente a suceder <sup>(24)</sup>.

Em resumo: os acordos assinados no âmbito da Organização Mundial de Comércio estabelecem apenas *obrigações de resultado*, apontando aos Estados que aos mesmos se vinculem uma

---

<sup>(24)</sup> O que ficou dito no texto atira-nos para uma das mais fascinantes questões colocadas hoje à doutrina: o efeito do movimento da globalização, ou mundialização, no Direito e o modo como o Direito deve servir de instrumento para que a globalização se faça com respeito pela identidade nacional dos Estados — veja-se, sobre isso, a recente obra dirigida por C.-A. MORAND, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelas, 2001.

orientação no sentido de atingirem uma determinada meta, mas desinteressando-se aqueles acordos do caminho que os Estados entendam percorrer para a atingir. Todavia, *aqueles acordos só produzirão efeitos na ordem interna de cada Estado depois de este haver adoptado as respectivas medidas internas de adaptação* <sup>(25)</sup>.

27. Imaginemos que se obstará a este entendimento considerando que a alusão às medidas internas se refere, não ao problema de o tratado carecer da interposição legislativa interna para ser invocável nas relações entre particulares, mas antes ao próprio facto de essa intervenção ser necessária para se efectuar a inserção do tratado na ordem jurídica dos Estados que ao mesmo se vincularem.

Tratar-se-ia, porém, de uma conclusão completamente inaceitável:

- inaceitável, porque ela não permite discernir os dois problemas, tão arduamente realçados pela Ciência do Direito Internacional;
- inaceitável, porque considera ser possível a inclusão de normas inúteis nos tratados, uma vez que já se sabe que todos os tratados carecem sempre de tramitação nacional para poderem ser inseridos nas ordens jurídicas internas, desde logo aquela que respeita à manifestação da vinculação internacional dos Estados;
- inaceitável, por fim, porque deslocadamente admite tratar-se da questão dos termos da incorporação de tratados internacionais nos próprios tratados que são negociados, quando se sabe que essas são regras que pertencem ao foro das Constituições dos diversos Estados que aos mesmos pretendam vincular-se, não tendo cabimento no âmbito da normação internacional.

---

<sup>(25)</sup> Nesse mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Projecto de Código da Propriedade Industrial e a lei de autorização legislativa*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XXXVI, n.º 1, 1995, pgs. 40 e 41, ao referir-se do seguinte modo a uma versão do então projecto de Código de Propriedade Industrial, por alusão às exigências decorrentes do Acordo TRIPS: “*Será necessária uma revisão generalizada da nossa lei para assegurar a congruência com as disposições, por vezes cerra-damente regulamentares, do novo instrumento*” (o itálico é nosso).

Essa é manifestamente uma argumentação deslocada, porque se situa no plano da vinculatividade do Estado, e não do da eficácia directa interna do conteúdo do tratado, inquirindo-se sobre se tem ou não sentido normativo. Para essa dissociação de problemas bem alertam, de resto, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: “Note-se que há muitas convenções internacionais *sem conteúdo normativo* — os chamados tratados-contrato, que se limitam a regular as relações contratuais concretas entre Estados, sem qualquer relevância directa na ordem interna —, bem como outras que, ainda que com carácter normativo, se limitam também às *relações externas* dos Estados envolvidos, sem nada terem que ver com a ordem interna”. E concluem: “O problema da recepção do Direito Internacional na ordem interna, bem como o da relação com o Direito interno (adiante referido), só têm relevância autónoma no caso das convenções internacionais capazes de produzir efeitos na ordem jurídica interna” (26).

28. Em face do que ficou exposto, revela-se *absolutamente improcedente e desajustado às relações entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno*, e concretamente entre o Acordo TRIPS e o Direito Português, considerar que o carácter *self-executing* dos tratados internacionais — como o fez, por exemplo, o Tribunal da Relação de Lisboa, no seu citado Acórdão de 22 de Outubro de 1998 — se pode simplesmente inferir do carácter “densificado, claro e determinado” de algumas das respectivas normas.

Em primeiro lugar, tomando a nuvem por Juno, esse raciocínio incorre no equívoco de fazer uma avaliação das normas do Acordo TRIPS — particularmente das normas dos arts. 33.º e 70.º, n.º 2 — desenraizadamente do contexto sistemático e regulativo da globalidade do tratado a que pertencem. É evidente que o carácter *self-executing*, mesmo perante a pretensa clareza e determinação das normas referidas, é sobremaneira condicionado pelas respectivas disposições gerais, as quais delimitam os termos da sua aplicabilidade interna. E aí — como mostrámos em geral e como mostraremos especificamente quanto ao art. 33.º do Acordo TRIPS —

---

(26) *Op.cit.*, pg. 84.

não vemos como contornar a conclusão do carácter não *self-executing*, perante a afirmação tão peremptória, pelo próprio Acordo, da necessidade da intervenção do legislador nacional para aplicar as normas do Acordo. O intérprete não pode querer mais do que o próprio Acordo TRIPS quer.

Por outro lado, esta “clareza e determinação” pode ser equacionada, no âmbito do Direito Internacional Público, como se fosse uma mera questão interna, de relação da Constituição com a lei, ou de relação da lei com o regulamento. Mas não é assim. Esse tipo de argumentação poderia ser aqui válido, mas no plano internacional há que contar com outros factores, desde logo o filtro dos Direitos Constitucionais dos Estados, que estabelecem as suas próprias exigências e dão um tom muito diferente a um hipotético carácter *self-executing* que pudesse singelamente desprender-se da “clareza e da determinação” de uma norma de um tratado internacional.

E repare-se ainda no resultado absurdo a que levaria a tese que aqui combatemos, se aplicada tal como é propugnada: bastaria a clareza e a determinação das normas de um tratado internacional, tornando-o *self-executing*, para que o mesmo se considerasse sempre aplicável, o que no limite até possivelmente dispensaria qualquer intervenção da parte dos Estados. Não pode ser: seria a subversão da natureza do tratado internacional como um acordo *entre Estados*, e do Direito Internacional como um Direito de *coordenação horizontal das soberanias estaduais*.

**29.** O carácter não *self-executing* do art. 70.º, n.º 2, do Acordo TRIPS parece não suscitar quaisquer dúvidas em face do que acabou de ficar defendido: não só a exclusão, pelo próprio Acordo TRIPS, do seu carácter *self-executing* em globo engloba *todas e cada uma das suas disposições*, como também é o próprio art. 70.º, n.º 2, a dispor que as obrigações a que ele se refere decorrem *para os Estados* (aí chamados “Membros”).

O mesmo vale para o art. 33.º do Acordo TRIPS.

De facto, lendo bem o respectivo preceito, ao intérprete depara-se ainda uma importantíssima nota de pé de página, devidamente inserida no Acordo TRIPS, na qual se diz o seguinte, na tradução portuguesa: “*Pressupõe-se que os Membros que não dis-*

*põem de um sistema de concessão inicial poderão estabelecer que a duração da protecção seja calculada a partir da data do depósito no sistema de concessão inicial*<sup>(27)</sup>.

Ou seja: *é o próprio Acordo TRIPS, especificamente no tocante ao art. 33.º, a esclarecer que o mesmo não é directamente invocável, portanto, não é self-executing*, na medida em que carece da intervenção do legislador nacional para a determinação do termo a partir do qual se conta o prazo de vigência da patente industrial, agora fixado em 20 anos.

Isso é bem real, em primeiro lugar, para os sistemas jurídicos em cujo contexto o direito de patente industrial não seja estabelecido de acordo com um sistema de concessão inicial. Nessa eventualidade, como se depreende daquela referida nota de pé de página, o Acordo TRIPS opera uma adaptação, fazendo uma equivalência para os sistemas de patente industrial que sejam de concessão inicial. Obviamente que por aqui se percebe que, desde logo para os sistemas jurídicos que não sejam de concessão inicial por autoridade pública, os legisladores nacionais têm a seu cargo uma suplementar tarefa de proceder à equivalência que é estabelecida por aquela nota, *a qual carece sempre de uma tomada de posição por parte do legislador interno*.

*Mas essa necessidade de haver uma intervenção por parte dos Estados é também muito evidente nos sistemas, como é o caso de Portugal, de concessão inicial dos direitos de patente industrial. É que, mesmo para estes, a referência ao “depósito” não existe rigorosamente, uma vez que o início da vigência da patente industrial pode ser equacionada em dois momentos possíveis:*

- o da data da *concessão* da patente pela autoridade respectiva — era essa a modalidade vigente no art. 7.º do anterior CPI; ou
- o da data do *pedido de concessão* da patente pela autoridade respectiva — é essa a modalidade que o novo CPI, no seu art. 94.º, estabelece.

---

(27) Nota de pé de página n.º 8, in *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 298, de 27 de Dezembro de 1994. O itálico é nosso.

Esta conclusão implica que o legislador nacional — neste caso, o legislador português — tem forçosamente de efectuar uma valoração especial a respeito do *momento a partir do qual se deve contar a vigência da patente*, na medida em que o conceito de “depósito”, tal como ele é utilizado no art. 33.º do Acordo TRIPS, não tem qualquer correspondência com o Direito Português. Ainda que o resultado venha a ser o de se considerar que aquele “depósito” deve ser traduzido, no CPI, pelo momento do pedido de concessão da patente, o certo é que sempre se requer esta concretização por parte do legislador nacional, sem a qual se fica sem saber a partir de que comportamento, olhando para o contexto do regime das patentes industriais, deve a respectiva vigência ser contada.

Portanto, o simples facto de o CPI ter tido a necessidade de explicar o que significava, na terminologia do Direito Português, a palavra “depósito”, utilizada pelo art. 33.º do Acordo TRIPS, e ter tido que definir a partir de que momento é que se começava a contar, para o Direito interno Português, o prazo de 20 anos, prova, em definitivo, que aquele art. 33.º, para poder ser invocado pelos particulares, necessitava da *interpositio legislatoris*.

Dito doutra forma, e para sumariar o nosso pensamento, a simples interpretação do art. 33.º do Acordo TRIPS e a sua articulação com o Direito interno Português, inclusive com a interpretação que o próprio legislador nacional deu àquele preceito no novo CPI, mostra-nos duas coisas: primeiro, que o art. 33.º do Acordo TRIPS, para poder ser invocado pelos particulares, necessitava da intervenção do legislador português visando explicá-lo e concretizá-lo e, portanto, visando torná-lo invocável na ordem interna; segundo, que o próprio legislador português assim entendeu, e, por via disso, sentiu a necessidade de, no novo CPI, concretizar e pormenorizar o conteúdo do art. 33.º do Acordo TRIPS, para que ele pudesse ser invocado pelos interessados na ordem interna portuguesa. Ou seja, e em bom rigor, não é verdade que o art. 33.º do Acordo TRIPS possa ser invocado, *em si mesmo*, e *só por si*, na ordem interna, como fixando, *ele mesmo*, o prazo de vigência da patente. Pelo contrário, pela necessidade que aquele artigo impõe, da *interpositio legislatoris*, a verdade é que os particulares, para beneficiarem da aplicação do art. 33.º do Acordo TRIPS, têm de

*invocar, em bom rigor, o novo preceito do CPI que veio explicar e concretizar aquele art. 33.º do Acordo TRIPS.*

**30.** Consolidada que ficou, nas páginas anteriores, e com vários fundamentos, a tese de que o Acordo TRIPS e, concretamente, o seu art. 33.º, não têm, e eles próprios o excluem, carácter *self-executing*, nem se torna necessário invocar um último fundamento, de fundo, que ainda mais reforçaria essa tese. É que, sendo o tratado internacional um acordo *entre Estados*, dirigindo-se ele, em princípio, *a Estados* e não a indivíduos, e, portanto, assumindo-se ele como um instrumento do Direito Internacional visto como uma Ordem Jurídica que regula *relações horizontais de coordenação das soberanias dos Estados*, o seu carácter *self-executing*, ou seja, a sua invocabilidade directa pelos particulares *não se presume* e, em caso de dúvida, devem o intérprete e o juiz recusá-la.

**31.** Um outro caminho que também tem sido trilhado, com o objectivo de contrariar a conclusão acerca do carácter não *self-executing* do Acordo TRIPS, apela para a posição desse acordo no seio do ordenamento jurídico da União Europeia.

Com efeito, em 22 de Dezembro de 1994, o Conselho de Ministros da Comunidade Europeia, por decisão, manifestou a vinculação daquela Comunidade ao Acordo TRIPS e, em geral, aos acordos relativos à Organização Mundial de Comércio.

Daí que, por exemplo, o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão já referido, tenha aderido à opinião de que igualmente por essa via — a via comunitária — o ordenamento jurídico português teria ficado vinculado ao Acordo TRIPS. Segundo se lê no respectivo aresto, “(...) o Acordo, por via derivada, tornou-se parte do direito nacional, cuja aplicabilidade imediata depende, apenas, da verificação dos já referidos requisitos da clareza e da determinação”, acrescentando logo a seguir que o Acordo TRIPS ter-se-ia transformado em “normas comunitárias”. E uma vez que o Direito Comunitário é supra-legal, logo, prevaleceria sobre o Direito ordinário interno e, portanto, também prevaleceria sobre o CPI.

Salvo o devido respeito, eis uma argumentação completamente im procedente e que está pejada de vários equívocos quanto

à natureza do Direito Comunitário e também quanto à sua relevância e ao seu valor na ordem jurídica portuguesa, à luz da Constituição que nos rege, particularmente, do entendimento a dar ao art. 8.º, n.º 3.

32. Em primeiro lugar, uma vez que se invoca a decisão do Conselho de 22 de Dezembro de 1994, bom seria que se dissesse tudo o que nela se contém.

Ora, no último *item* do seu preâmbulo, *expressamente se refere o carácter não self-executing do Acordo TRIPS*, precisamente da perspectiva através da qual o mesmo não poderia ser objecto de invocação, na Comunidade, por parte dos particulares<sup>(28)</sup>.

Portanto, o carácter *self-executing* do Acordo TRIPS na Ordem Jurídica comunitária é recusado pela própria decisão pela qual a Comunidade a ele se vinculou.

33. Depois, é certo que a adesão pela Comunidade a um acordo internacional obriga a Comunidade e também os Estados membros, como tais — é o que dispõe hoje o art. 300.º, n.º 7, do Tratado CE (ex-art. 228.º, n.º 7, até à revisão do Tratado da União Europeia pelo Tratado de Amesterdão, de 1997)<sup>(29)</sup>.

Todavia, um tratado internacional ao qual a Comunidade adira vigora nela sem perder a sua natureza de tratado *de Direito Internacional*. Não se converte, pois, ao contrário do que vimos pretender a tese contrária, em “norma comunitária”<sup>(30)</sup>. A cláusula do art. 300.º, n.º 7, do Tratado CE é uma cláusula de recepção, não uma cláusula de transformação<sup>(31)</sup>. É isto tem muita importância, porque o tratado internacional que dessa forma passa a obrigar a Comunidade tem de ser interpretado, integrado e aplicado nela

---

<sup>(28)</sup> *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º 336, de 23 de Dezembro de 1994, pg. 1.

<sup>(29)</sup> Veja-se, por todos, o comentário aos Tratados de GRABITZ e HILF, *Kommentar zur Europäischen Union*, Munique, 2000, anotações ao art. 300.º.

<sup>(30)</sup> Veja-se a nossa dissertação *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, cit., pgs. 453 e segs. No mesmo sentido, OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, *Droit Communautaire et Droit International Public*, Genebra, 1979, pgs. 110 e segs., e o citado Comentário aos Tratados de GRABITZ e HILF, anotações 14 e segs. ao art. 300.º.

<sup>(31)</sup> Veja-se GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pgs. 94-97.

como tratado de Direito Internacional e não como acto de Direito Comunitário <sup>(32)</sup>.

Por isso, e também aqui ao contrário do que pretende a orientação que estamos a combater, o art. 8.º, n.º 3, da Constituição não tem neste lugar qualquer aplicação. Aquele preceito da Constituição refere-se às “normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte”, neste caso, dos órgãos competentes da Comunidade Europeia. Ou seja, ao Direito Comunitário *derivado*. É esse o pensamento unânime da nossa doutrina constitucionalista e comunitarista <sup>(33)</sup>. Ora, é por demais evidente que o Acordo TRIPS não emanou de qualquer órgão competente da Comunidade Europeia, ou seja, não teve origem comunitária. Repete-se: ele é *Direito Internacional*, e como tal passou a obrigar a Comunidade Europeia.

34. Em qualquer caso, insistimos, o Acordo TRIPS não reveste a natureza de *self-executing* para a Comunidade Europeia, não só porque também para a Comunidade e para os seus Estados membros valem todas as disposições daquele Acordo segundo as quais este carece da interposição do legislador para poder ser invocado pelos particulares (o que não foi feito pelo legislador comunitário) como também porque, como se mostrou, a decisão do Conselho de Ministros de vinculação àquele Acordo expressamente recusou carácter *self-executing* ao Acordo TRIPS.

Portanto, nem por aqui o Acordo TRIPS pode ser invocado por particulares directamente na ordem interna portuguesa.

35. Imaginemos, então, que certo Estado, apesar de vinculado ao tratado, não aplica internamente as disposições do Acordo TRIPS no período que este estabelece para o efeito. O facto de se dizer que o Acordo TRIPS depende da intervenção legislativa e regulamentar dos Estados que a ele se vinculam, não se estabelecendo nada sobre a execução das disposições que contém, seria

---

<sup>(32)</sup> FAUSTO DE QUADROS, dissertação citada, loc.cit.

<sup>(33)</sup> GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op.cit.*, pgs. 89 e segs.; JORGE MIRANDA, *op.cit.*, pgs. 191 e segs.; JOÃO MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, vol. II, 5.ª ed., Lisboa, 1997, pgs. 383 e segs.; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op.cit.*, pgs. 112 e segs.

objecto de uma muito mais fácil violação, dado que se deixaria nas mãos dos legisladores nacionais o cumprimento daquelas disposições.

Significa o carácter não *self-executing* o valor meramente simbólico dos tratados internacionais?

Claro que não. A liberdade que se dá aos Estados de adoptarem, no âmbito dos seus Direitos internos, as medidas que considerem apropriadas ao cumprimento do conteúdo do tratado internacional não quer dizer que o tratado seja desprovido de força jurídica e que os Estados que ao mesmo se vinculam, por esse facto, não sejam obrigados ao seu cumprimento.

Pelo contrário: a liberdade de escolha dos meios para fazer cumprir o tratado internacional é até normalmente uma condição que favorece o seu êxito na respectiva aplicação interna, porque *deste modo se possibilita a sua mais fácil adaptação aos sistemas legislativos nacionais em que se afigure mais difícil a sua aplicação.*

Por outro lado, essa liberdade de aplicação nunca é total: se é verdade que ela existe quanto aos meios, não é menos verdade que ela se encontra temporalmente balizada por um período máximo, a partir do qual o tratado internacional tem de ser aplicado na ordem jurídica interna.

Isso tem apenas o sentido de a eventual violação do tratado internacional não *self-executing* não poder ser vista como uma questão de Direito interno, na qual se possa aferir um problema de incompatibilidade entre a regulamentação internacional e a regulamentação interna.

Havendo uma discrepância entre as obrigações internacionais que determinado Estado se comprometeu a respeitar e a norma interna feita no sentido de lhe dar cumprimento, o problema não se afigura como sendo de validade ou eficácia da norma interna, mas antes de *responsabilidade internacional do Estado* que não cumpriu as obrigações a que se vinculou, não aplicando o tratado internacional.

Só há que concluir que a regulamentação interna, no que não tenha integralmente seguido a regulamentação internacional, não se apresenta como cumprindo as obrigações a que o Estado se submeteu no plano dos compromissos internacionais. Mas a solução

não é nunca a da aplicação da regulamentação internacional — juridicamente impossível — e é, ao invés, a da responsabilização internacional do Estado infractor.

Neste caso, como de novo esclarecem NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, “O controlo do respeito desta obrigação opera-se, regra geral, pelo mecanismo da responsabilidade internacional do Estado, uma vez que, ao não tomar as medidas necessárias para a aplicação do tratado, o Estado prejudica os direitos garantidos pela convenção” <sup>(34)</sup> <sup>(35)</sup>.

## VI. A inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 141/96, de 23 de Agosto

36. Um pouco à margem do que temos vindo a estudar nestas linhas, mas com certeza que com vista a possibilitar uma mais completa reflexão sobre o assunto, debruçemo-nos agora, para concluir, sobre a já referida inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 141/96, de 23 de Agosto.

### a) A inconstitucionalidade orgânica, por falta da necessária autorização legislativa

37. Em grande medida devido à preocupação de esclarecer, com urgência, o sentido do regime transitório, o já referido Decreto-Lei n.º 141/96 foi aprovado sem que tivesse sido previamente concedida qualquer autorização legislativa por parte da Assembleia da República.

Por outro lado, poder-se-ia eventualmente dizer, certamente que também poderá ter estado na mente do legislador a pequenez

<sup>(34)</sup> NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *op.cit.*, pg. 230.

<sup>(35)</sup> Relativamente às coordenadas da responsabilidade internacional dos Estados, v., por todos, JOAQUIM DA SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público – relações internacionais*, Lisboa, 1990, pgs. 93 e segs., NGUYEN QUOC DINH, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *op.cit.*, pgs. 729 e segs., e, mais recentemente, FAUSTO DE QUADROS, *A protecção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, pgs. 368 e segs.

da alteração a fazer, a qual, pelo específico aspecto a tratar, não teria de ser previamente autorizada por lei do Parlamento.

A produção deste decreto-lei contrasta bem, no entanto, com o esquema que foi adoptado para o novo CPI, agora alterado no seu art. 3.º. É que aquele diploma beneficiou da autorização legislativa geral concedida pela Lei n.º 11/94, de 11 de Maio.

Tudo está em saber em que termos a ausência, naquele diploma, de qualquer autorização legislativa pode acarretar a respectiva inconstitucionalidade orgânica, no pressuposto fundamental de o Governo ter legislado, invadindo-o, um domínio pertencente à reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República.

**38.** A resposta à questão formulada depende sempre do elenco de matérias que integram a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República. Só se a matéria sobre que se debruça o Decreto-Lei n.º 141/96 pertencer, por qualquer via que seja, àquele elenco, se pode chegar a uma conclusão afirmativa a respeito da existência daquela hipotética inconstitucionalidade orgânica.

A observação superficial desse elenco, aliás aumentado com a revisão constitucional de 1997, não permite perscrutar em qualquer uma das suas alíneas o tratamento específico da matéria dos direitos industriais e, muito menos, o tratamento específico do especial direito de patente industrial e da sua duração.

Por aqui se inferiria, *prima facie*, a inaplicabilidade deste conjunto de matérias de reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, com a consequente não inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei n.º 141/96.

Noutra perspectiva, muito menos essa matéria poderia ser equacionada em sede de reserva absoluta de competência legislativa parlamentar, na qual nem sequer se permite a delegação legislativa ao Governo <sup>(36)</sup>.

**39.** Esse seria, no entanto, um modo excessivamente simplista de resolver o problema, uma vez que a compreensão do

---

<sup>(36)</sup> Cfr. o art. 164.º da Constituição.

articulado constitucional está longe de se satisfazer com a sua mera leitura exegética, tentando encaixar as matérias correspondentemente aos assuntos sobre os quais se pretende legislar.

É que, bem vistas as coisas, estamos em crer que o assunto versado neste Decreto-Lei n.º 141/96 pode apresentar uma conexão pertinente com uma das matérias mais importantes abrangidas pelo art. 165.º, n.º 1, da Constituição: a matéria dos direitos, liberdades e garantias <sup>(37)</sup>.

Isso não acontecerá, obviamente, com tudo quanto esteja tratado no CPI, que inclui aspectos que não são de todo em todo atinentes a esse domínio. Mas *a questão particular que se suscita no Decreto-Lei n.º 141/96, bem como, em geral, o problema dos direitos industriais, é claro que tem que ver com os direitos, liberdades e garantias, quer com o direito de iniciativa económica privada, constante do art. 61.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, quer, sobretudo, com o direito de propriedade privada, garantido pelo art. 62.º, n.º 1, do mesmo texto constitucional* <sup>(38)</sup>.

A legiferação neste domínio, estabelecendo a duração de um direito de patente industrial, que é um direito subjectivo económico de uso exclusivo, implica a sua ligação, de modo especial, à garantia do direito de propriedade privada.

Esta, na verdade, abrange — a despeito de o seu nome inculcar uma referência limitada aos direitos reais, concretamente, à propriedade entendida como direito real máximo — qualquer situação jurídica de vantagem, desde que economicamente relevante, melhor dito, qualquer direito subjectivo de natureza ou conteúdo económico <sup>(39)</sup>.

<sup>(37)</sup> Cfr. o art. 165.º, n.º 1, al. b), da Constituição.

<sup>(38)</sup> Quanto à configuração deste direito fundamental, nas suas múltiplas vertentes, ANTONIO MENEZES CORDEIRO, *A Constituição patrimonial privada*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, III, Lisboa, 1979, pgs. 392 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos sobre expropriações e nacionalizações*, Lisboa, 1989, pgs. 206 e segs.; FERNANDO ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989, pgs. 301 e segs.; RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra, 1992, pgs. 43 e segs.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 2.ª ed., Coimbra, 1993, pgs. 462 e segs.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pgs. 330 e segs.

<sup>(39)</sup> Assim, por último, FAUSTO DE QUADROS, *A protecção da propriedade privada*, cit., pgs. 7, 523 e segs. e 552 e segs., com citação de vasta e excelente doutrina concordante, nacional e estrangeira.

40. O facto de os direitos de iniciativa económica privada e de propriedade privada estarem consagrados fora do Título II da Parte I da Constituição Portuguesa poderia representar a impossibilidade de submeter a legislação sobre esse direito fundamental ao regime da reserva relativa de competência legislativa parlamentar.

Essa conclusão explicar-se-ia para aqueles — minoritários na doutrina portuguesa — que vissem na extensão do art. 17.º da Constituição Portuguesa, do ponto de vista do regime a alargar, unicamente o regime material, e não já o regime orgânico e o regime dos limites materiais de revisão constitucional <sup>(40)</sup>.

Não é esse o nosso entendimento, a avaliar pelo modo como a Constituição Portuguesa, por intermédio do seu art. 17.º, opera a extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos fundamentais que lhes sejam análogos, o que, em nosso entender, impõe um entendimento amplo da protecção e da garantia dos direitos fundamentais conferidos pela Constituição, em lugar de uma filosofia redutora do regime e do conteúdo daqueles direitos. Isso é imposto, quer pelo princípio geral do *favor libertatis*, que domina todo o nosso Direito Constitucional sobre direitos fundamentais, quer pela necessidade de o Direito Português, por vontade do próprio legislador constituinte, se harmonizar nesta matéria com fontes de Direito de grau igual ou superior à Constituição e que obrigam Portugal, embora estejam, de uma maneira geral, esquecidas pelo legislador ordinário e pelos órgãos de aplicação do Direito <sup>(41)</sup>. Não existindo uma diferenciação a respeito das diversas facetas do regime que é abrangido, são todas essas facetas aplicáveis, incluindo também esta faceta organizatória conexas com o exercício da competência legislativa parlamentar.

Por outro lado, também não se suscitam dúvidas acerca da qualidade de direitos análogos que a iniciativa económica e a propriedade privada manifestamente ostentam relativamente aos direitos, liberdades e garantias que constam do Título II da Parte I da Constituição Portuguesa. E aqui nem sequer há quaisquer reparos

---

<sup>(40)</sup> Como é o caso de JORGE MIRANDA, *Manual*, cit., IV, pg. 144.

<sup>(41)</sup> Veja-se, por último, o nosso já citado estudo *A protecção da propriedade privada*, sobretudo pgs. 536-567.

a salientar na doutrina portuguesa, que indiscutivelmente entende que tais direitos, frisando mais o da propriedade privada, são direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias para o efeito da extensão daquele regime <sup>(42)</sup>.

Estamos, pois, perante a *inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei n.º 141/96*, porque está aqui em causa, desde logo, o direito de propriedade privada. Por isso, o Decreto-Lei n.º 141/96, que revogou o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 16/95 e prolongou a vida das patentes para vinte anos, mesmo as que já tinham caducado, é inconstitucional, porque foi aprovado e promulgado sem autorização legislativa prévia da Assembleia da República.

**41.** Uma outra linha argumentativa que também explica a inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei n.º 114/96 radica na ligação que a matéria da duração da patente industrial denota com o regime da sua utilização exclusiva, sob a perspectiva patológica da sua violação, matéria em que o CPI devidamente contempla um regime de ilícito criminal (art. 261.º do CPI) e um regime de ilícito de mera ordenação social (art. 272.º do CPI).

Como é que se opera esta ligação? É simples. Na medida em que a extensão da duração conferida à patente industrial interfere com os direitos que a invenção titula, qualquer um daqueles regimes sancionatórios — que pressupõem sempre a definição das regras que são violadas, para depois poderem agir como normas secundárias que são — é automaticamente regulado, mostrando-se assim pertinente, pois que seria absurdo considerar que ao alargamento daquela protecção se não seguisse também o devido respaldo no plano sancionatório. Não só porque eles operam remissivamente em função do regime da invenção estabelecido no correspondente capítulo do CPI relativo às invenções (arts. 47.º e seguintes) — e o art. 94.º, acerca da duração, é um deles — como também porque seria inteiramente injustificado que se criasse uma *lex imperfecta*, que estivesse desprovida de qualquer sanção.

---

<sup>(42)</sup> Assim, também JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pg. 211; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito do Urbanismo*, Lisboa, 1993, pg. 108; JORGE MIRANDA, *Manual*, cit., IV, pg. 466; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op.cit.*, pg. 331.

**42.** Analisando o conjunto das matérias que se encontram enunciadas na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, verificamos que qualquer um daqueles dois regimes sancionatórios se encontra nele incluído, pelo que a alteração do regime das patentes industriais, por mais pequena que seja, inevitavelmente significa, por aquilo que dissemos, legiferar também em aspectos penais e contra-ordenacionais. De facto, o art. 165.º, n.º 1, da Constituição refere-se a:

- al. c): “Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como processo criminal”;
- al. d): “Regime geral de punição das infracções disciplinares, bem como dos actos ilícitos de mera ordenação social e do respectivo processo”.

Como o Governo, ao emitir o Decreto-Lei n.º 141/96, não se muniu da necessária autorização legislativa parlamentar, encontramos aqui uma nova razão para ver aquele diploma ferido de *inconstitucionalidade orgânica*.

#### **b) A inconstitucionalidade material, por aplicação retroactiva**

**43.** O prolongamento concedido pelo Decreto-Lei n.º 141/96 à duração de algumas patentes industriais que, pelo Acordo TRIPS, já teriam caducado e, por isso, caído no domínio público (situação que atrás se explicou) gera também, a nosso ver, a *inconstitucionalidade material* daquele diploma, desde logo, pela sua aplicação retroactiva. De facto, houve aqui *violação da proibição da retroactividade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias* <sup>(43)</sup>. Essa violação apresenta-se nítida na medida em que no momento da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 141/96, cinco dias após a sua publicação no *Diário da República*, ele dispôs retroactivamente, revogando-o, sobre o regime constante do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 16/95.

---

<sup>(43)</sup> Relativamente a esta regra, v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pg. 153; JORGE MIRANDA, *Manual*, cit., IV, pg. 306; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª ed., Coimbra, 2001, pgs. 416 e segs.

Como é que se comprova a regulação retroactiva sobre o direito fundamental que está em questão? Através da diferença de regimes constantes desses dois esquemas transitórios, o primeiro pertencente ao Decreto-Lei n.º 16/95 e o outro estabelecido por este Decreto-Lei n.º 141/96:

- de acordo com o primeiro regime, que vigorou até 28 de Agosto de 1996, a duração das patentes concedidas e existentes até 1 de Junho de 1995 só tinha a duração de 15 anos, pelo que algumas patentes caducariam entretanto;
- de acordo com o novo regime transitório, vigente a partir de 29 de Agosto de 1996, mas aplicando-se retroactivamente, a duração das patentes concedidas e existentes em 1 de Janeiro de 1995 passaria a ter a duração de 20 anos.

A aplicação deste novo regime transitório às patentes caducadas tem o seguinte resultado: por aplicação do regime transitório inicial, essas patentes caducariam; mas com a aplicação retroactiva do Decreto-Lei n.º 141/96, essas patentes ressuscitariam e voltariam a vigorar até completarem um novo período de 20 anos para a sua vigência. A aplicação retroactiva cifra-se na modificação de uma situação jurídica pretérita — a extinção da patente e a sua queda no domínio público —, através da sua conversão, de novo, numa situação de direitos de utilização exclusiva para o seu antigo beneficiário. Hipótese, aliás, expressamente proibida pelo próprio Acordo TRIPS, ao dizer o seguinte: “Não haverá qualquer obrigação de restabelecer a protecção de objectos que, à data de aplicação do presente Acordo ao Membro em questão, tenham caído no domínio público” (44).

**44.** A Constituição Portuguesa, quando enuncia a proibição geral de retroactividade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.º 3), limita-se a estabelecer a proibição de estas assumirem um “carácter retroactivo”. A noção de efeito retroactivo é uma noção, no entanto, assaz mais complexa, por-

---

(44) Cfr. o art. 70.º, n.º 3, do Acordo TRIPS, in *Diário da República*, 1.ª série-A, n.º 298, de 27 de Dezembro de 1998, pg. 7380-(1201).

quanto é possível assinalar diferenças ou graus nessa retroactividade.

A doutrina constitucional portuguesa — e também a estrangeira — tem levado a cabo algumas distinções, as quais também teriam depois o seu reflexo em termos de regime, uma vez que nem todas elas suportariam, dogmaticamente, uma mesma conclusão acerca da proibição da retroactividade.

Tem feito escola, a este propósito, a distinção entre a *retroactividade autêntica (proprio sensu)*, pela qual se atingem efeitos que, na verdade, pertencem ao passado, e a *retrospectividade ou retroactividade não autêntica (unechte retrospektive Rückwirkung)*, pela qual apenas se atingem efeitos que, tendo origem num facto passado, projectam-se no presente e no futuro da nova regulação normativa.

Mas esta é uma distinção que não se afigura relevante para a densificação da regra material do regime das leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias. Não se estipulando qualquer diferenciação regulativa, é de crer, até por aplicação do princípio *in dubio pro libertate*, que ambas as modalidades de retroactividade são constitucionalmente proibidas.

Registemos, a este propósito, as palavras de JORGE MIRANDA: “Não pode haver não só leis restritivas totalmente retroactivas (ou seja: que se apliquem a situações e relações já esgotadas) mas também leis restritivas parcialmente restritivas (quer dizer: que se apliquem a situações vindas do passado e ainda não terminadas)”<sup>(45)</sup>. Mas admitamos, como fazem alguns<sup>(46)</sup>, que a proibição constitucional é apenas para a verdadeira retroactividade, e não já para a retrospectividade dos efeitos restritivos de leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. Ainda assim reiteramos a conclusão de que se verifica a violação desta regra da proibição da retroactividade.

Ela é, do mesmo modo, bem evidente: a intervenção legislativa incidiu sobre efeitos totalmente pertencentes ao passado porque o direito de patente, quando aquela intervenção se deu, já tinha desaparecido como situação jurídica. E por obra e graça do novo

(45) *Manual*, cit., IV, pg. 306.

(46) É o caso de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, loc.cit.

regime transitório, o que se tinha extinguido voltou a ter vida. Há aqui, de facto, uma retroactividade muito forte.

45. Esta orientação geral no sentido da proibição da retroactividade pode ser especificamente perspectivada, no mesmo domínio dos direitos fundamentais, pelas garantias constitucionais que se encontram consagradas em matéria de aplicação do Direito Penal no tempo, provavelmente a primeira norma do constitucionalismo moderno de defesa dos cidadãos. Referimo-nos, obviamente, ao princípio constitucional *nullum crime sine lege proevia*.

É isso que se pode ler com clareza no art. 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição:

“1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.

(...)

3. Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior”.

Eis um princípio que não apenas se aplica aos elementos que descrevem o tipo de conduta considerada criminosa como também tem que ver com a própria aplicação da pena privativa de liberdade que lhe corresponde. E com uma importante componente adjectiva, há ainda que mencionar a própria *garantia do juiz*, pela qual a competência para julgar tem de estar definida previamente à prática do delito que se pretende julgar.

A relevância deste princípio constitucional, no caso em apreço, é grande. É que, até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 141/96, em 28 de Agosto, a actividade de produção e fabrico do produto abrangido pela patente já caducada passou a ser livre, por ter caído no domínio público.

Por efeito daquele diploma, sendo ele aplicado retroactivamente, temos assim a incriminação dessas condutas eventualmente exercidas, pois que neste caso ter-se-ia praticado o crime de contrafacção, por violação dos direitos de exclusivos inerentes à patente industrial. Isto é: nem mais nem menos do que uma

incriminação retroactiva, que o próprio Decreto-Lei n.º 141/96 teria determinado. Ora isso não é aceitável e é contrário à Constituição.

46. Outra fonte inequívoca no sentido da orientação geral da não retroactividade dos efeitos jurídicos, indo além agora do específico âmbito do regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, filia-se no princípio do Estado de Direito, consagrado no art. 2.º da Constituição Portuguesa, na sua vertente da segurança e da certeza jurídicas.

A orientação que se extrai dessa dimensão do princípio do Estado de Direito, quanto à questão dos efeitos retroactivos, é a de que se afigura inconstitucional a produção de efeitos jurídicos para o passado, ofendendo ou frustrando as legítimas expectativas dos cidadãos na estabilidade da regulação normativa em causa, não havendo, ao mesmo tempo, fundamento material bastante para que essa mudança brusca se dê. É isso precisamente o que acontece na matéria em apreço.

Por um lado, o legislador nacional, ao ter aprovado o novo CPI, tendo simultaneamente estabelecido o regime transitório aplicável, ocupou-se especificamente da matéria, fixando determinado regime transitório, como tivemos ocasião de observar. Com isso, o legislador estabeleceu um regime que, a partir de então, passou a ser conhecido de toda a comunidade jurídica, que pôde legitimamente confiar na sua aplicação e na sua permanência.

Por outro lado, a mudança trazida pelo Decreto-Lei n.º 141/96 não se afigura materialmente fundada. E em nenhuma destas duas circunstâncias pode ser encontrada essa razão: não no Acordo TRIPS, que o legislador já conhecia muito bem quando aprovou o novo CPI, porque Portugal já assinara o Acordo TRIPS; e não também porque tivesse ocorrido qualquer situação ou facto em si capaz de justificar a inversão de regime que se operou.

Muito ao contrário: essa mudança de regime surge como um mero capricho do legislador, ao não conseguir demonstrar a idoneidade da respectiva alteração, sendo certo que não estava internacionalmente obrigado a fazê-lo e que, para mais, pretendeu contemplar situações concretas e individuais, beneficiando uns e prejudicando outros.

## VII. Conclusão

47. Em conclusão de tudo o que ficou estudado nas páginas que antecederam, é possível, pois, afirmar-se o seguinte.

Relativamente à questão da entrada em vigor do Acordo TRIPS na esfera internacional, a ausência de informação a esse respeito no Direito interno não preenche uma das condições que a Constituição Portuguesa requer no sentido de permitir a sua vigência no Direito Português, uma vez que a não publicação na folha oficial do correspondente Aviso não permite dar cumprimento a um dos requisitos inscritos no art. 8.º, n.º 2, da Constituição Portuguesa.

Independentemente, porém, dessa conclusão, o Acordo TRIPS não tem carácter *self-executing*, porque ele próprio expressamente o exclui. De facto, e como se demonstrou, são abundantes as indicações que nesse sentido se extraem, quer do acordo geral que cria a Organização Mundial de Comércio, quer do próprio Acordo TRIPS, dizendo-se, por diversas vezes, que são os Estados, no âmbito das suas Ordens Jurídicas, que devem cumprir o estipulado nesses tratados, que, assim, não podem ser invocados directamente, e por si próprios, na ordem interna. Além disso, sendo os tratados internacionais concluídos *entre Estados*, e sendo eles fontes de Direito Internacional, visto este como Ordem Jurídica de mera coordenação horizontal das soberanias estaduais, eles dirigem-se a Estados, não aos indivíduos, pelo que o seu carácter *self-executing* nunca se presume. Portanto, recusado que está o seu carácter *self-executing* pelo próprio tratado internacional — como mostrámos ser o caso do Acordo TRIPS —, fica expressamente proibida pelo próprio tratado a invocabilidade directa das suas disposições na ordem interna.

Concretamente quanto ao art. 70.º, n.º 2, do Acordo TRIPS, ele próprio reconhece que as obrigações a que se refere são impostas *aos Estados* e, portanto, não têm natureza *self-executing*. No que diz respeito, por sua vez, ao art. 33.º do Acordo TRIPS, também ele não é *self-executing*: primeiro, porque, repete-se, a recusa, pelo próprio Acordo, do seu carácter *self-executing* visto o Acordo em globo, engloba também a recusa do carácter *self-executing* a cada um dos seus preceitos; segundo, porque a aplicação daquele

art. 33.º na ordem interna portuguesa exigia a sua adaptação e a sua pormenorização por lei nacional, dado que *aquele art. 33.º utiliza conceitos que não têm correspondência no Direito interno português*. Sem a intervenção do legislador nacional não se podia saber desde que momento se contava o prazo de 20 anos de vigência da patente, e, portanto, não se podia computar o prazo da sua vigência. Em suma, o art. 33.º não é nem “claro”, nem “determinado”, nem “densificado”, ao contrário do que já foi entendido entre nós, ainda que excepcionalmente.

Questão diferente, mas que não cabia no âmbito deste estudo, é a de saber se os Estados não assumem, com a vinculação ao Acordo TRIPS, e, designadamente, pelo atrás citado art. 1.º, n.º 1, deste, o dever de o pôr em vigor na ordem interna e, concretamente, o dever de o desenvolver e o concretizar, de tal modo que ele seja invocável na ordem interna, e, por conseguinte, se a violação desse dever não gera responsabilidade civil extracontratual da parte do Estado, no nosso caso, do Estado Português. Pronunciámo-nos recentemente sobre a questão de Direito que está subjacente a essa interrogação, no quadro da reforma, que o Poder Legislativo tem em curso, do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado <sup>(47)</sup>.

Nenhum argumento fornece contra o que acabámos de defender o facto de a Comunidade Europeia se ter entretanto vinculado ao Acordo TRIPS e de, por essa via, este obrigar também os seus Estados membros: primeiro, porque a própria decisão de vinculação àquele Acordo nega-lhe carácter *self-executing* no espaço comunitário; depois, porque também para a Comunidade vale a regra, constante do próprio Acordo TRIPS, de que este, para poder ser invocado na ordem interna (neste caso, na ordem interna comunitária), necessita de interposição do legislador (neste caso, do legislador comunitário ou, por delegação deste, do legislador nacional).

Complementarmente, dir-se-á que o Decreto-Lei n.º 141/96 se encontra ferido de inconstitucionalidade. Primeiro, de inconstitucionalidade orgânica, porque não foi precedido de autorização

---

<sup>(47)</sup> *A responsabilidade civil extracontratual do Estado – problemas gerais*, Maio de 2001, disponível em [www.gplp.mj.pt](http://www.gplp.mj.pt).

legislativa do Parlamento, o que tinha de acontecer a vários títulos, na medida em que versa sobre direitos, liberdades e garantias, ilícito criminal e ilícito de mera ordenação social. Mas também de inconstitucionalidade material, na medida em que, restringindo a liberdade de comércio, pretende ter efeitos retroactivos.

Lisboa, 1 de Novembro de 2001.