

2974/2008.4TVLSB.L1-7
ABRANTES GERALDES
PROVIDÊNCIA CAUTELAR
DIREITOS DE AUTOR
INDEFERIMENTO LIMINAR
DESPACHO DE APERFEIÇOAMENTO
RL
10-02-2009
UNANIMIDADE
S
APELAÇÃO
PROCEDENTE

1. As providências cautelares previstas no art. 210º-G do Código de Direitos de Autor e de Direitos Conexos, introduzido pela Lei nº 16/08, de 1 de Abril, em transposição da Directiva nº 2004/48/CE, visam duas situações diferenciadas:

- a) Violação de direitos de autor ou de direitos conexos;
- b) Fundado receio de ocorrência de lesão grave e dificilmente reparável desses direitos.

2. Na primeira situação, ou seja, em situações de lesão já concretizada, o decretamento das medidas cautelares não depende da apreciação da sua gravidade ou das dificuldades da sua reparação.

3. Na fase liminar dos procedimentos cautelares, deve o juiz ponderar a possibilidade de proferir despacho de convite ao aperfeiçoamento, designadamente quando considere que existe deficiente concretização fáctica dos pressupostos legais da providência cautelar que não se reconduzam à ineptidão.

(sumário do Relator) A.S.A.G.

I – A...interpôs contra C..., Ld^a, *procedimento cautelar comum*, visando o decretamento do encerramento do estabelecimento comercial ou, subsidiariamente, a proibição da continuação de execução pública não autorizada de fonogramas musicais, a apreensão de bens de que se suspeite violarem os direitos conexos e os instrumentos que sirvam para a prática do ilícito e obrigação de conceder à requerente o livre acesso ao seu estabelecimento comercial com o objectivo de escutar e registar os fonogramas que aí são executados publicamente, se necessário com recurso aos meios policiais.

Alegou para o efeito que é uma entidade de gestão colectiva de direitos de autor relacionados com fonogramas e que a requerida não obteve licença para a execução daqueles que a requerente tem legitimidade para defender, o que constitui causa de

prejuízos.

O procedimento cautelar foi *liminarmente indeferido* com fundamento na falta de alegação de factos integrantes do requisito legal ligado ao perigo de lesão grave e dificilmente reparável dos direitos em causa.

Apelou a requerente e concluiu que:

- a) A decisão recorrida teve por base uma errada interpretação dos preceitos legais aplicáveis em face dos factos alegados.
- b) Contrariamente ao que é sustentado na douta decisão recorrida, resultaram verificados os requisitos específicos que permitiam a aplicação da providência cautelar prevista no art. 210º-G do CDADC que implicavam a aceitação da providência cautelar.
- c) Todos os factos alegados com interesse para a aceitação e decisão da providência comprovam a violação dos direitos conexos que com a providência em causa a Requerente pretendeu salvaguardar.
- d) A providência cautelar prevista no art. 210º-G do CDADC resultou da transposição para a ordem jurídica nacional do disposto no art. 9º, al. a) da Directiva nº 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril (denominada *Directiva Enforcement*), relativa ao respeito pelos direitos de propriedade intelectual.
- e) Num movimento de uniformização dos direitos substantivos nos diversos Estados Membros no âmbito da tutela e defesa dos direitos de propriedade intelectual o legislador nacional sentiu necessidade de introduzir, na nossa prática judicial, um mecanismo próprio para a defesa preventiva e cautelar dos direitos de propriedade intelectual (direitos de autor e direitos conexos).
- f) Assim sendo, o objectivo da providência cautelar prevista no art. 210º-G do CDADC é inibir qualquer violação eminente daqueles direitos ou proibir a sua continuação, sendo que, estando como se está no âmbito de providências cautelares específicas do direito de autor e direitos conexos, deve entender-se que a lei se satisfaz com a prova dos respectivos requisitos específicos.
- g) Bastará para a aplicação da providência cautelar prevista no art. 210º-G do CDADC ser demonstrada, através de prova sumária, a violação ou o risco de violação actual ou eminente do direito invocado, a existência e titularidade do mesmo, assim como a sua legitimidade no caso de não ser o próprio titular a exercê-lo, o que, face aos factos alegados, entende a ora Apelante, já resultar demonstrado.
- h) Aliás, é a letra da própria lei, no corpo do nº 1 do art. 210º-G do

CDADC que, ao utilizar uma conjunção alternativa (*ou*) e não cumulativa (*e*) se basta para a sua aplicação com a demonstração da violação do direito, dispensando assim a demonstração da gravidade da lesão e da sua difícil reparação (requisito do *periculum in mora*).

i) De facto, utilizando o legislador nacional neste âmbito uma redacção diferente da utilizada no Código Processo Civil quanto aos requisitos para o decretamento de uma providência cautelar pretendeu alertar para as especificidades da lesão que esta providência cautelar visa evitar.

j) A verificação do acto ilícito e o risco de tal acto vir a causar danos graves e dificilmente reparáveis são questões bem distintas, bastando-se o legislador neste âmbito, face aos direitos a tutelar com a verificação da sua violação.

k) A idêntica conclusão se é forçado a atingir perante a natureza específica dos direitos de propriedade intelectual, pois trata-se de direitos absolutos, exclusivos, dotados de eficácia *erga omnes*, nos quais, a faculdade de autorizar (ou proibir) a continuação do ilícito esvazia, por completo, esse mesmo direito.

l) Face à natureza exclusiva do direito, o prejuízo está *in re ipsa*, tendo-se por integralmente verificado.

m) Acresce que, a própria Directiva, à luz da qual se deverá ler, nomeadamente, o art. 210º-G do CDADC, se basta, igualmente, com a demonstração da violação actual ou eminente, não instituindo como requisito de aplicação destas "*medidas provisórias ou cautelares*" a gravidade da lesão ou a dificuldade da sua reparação.

n) Atendendo à ponderação de um critério de adequação da medida a decretar no intuito de impedir a violação eminente ou a continuação da violação, tal critério deve ser aferido em atenção à natureza do direito violado (art. 210º-G do CDADC).

o) A providência cautelar prevista no art. 210º-G destina-se a assegurar a tutela provisória do direito violado ou ameaçado e não os elementos que se relacionem, directa ou indirectamente, com a prova dessa violação ou com a sua extensão, o que não obsta a que na mesma possa ser requerida a apresentação de uma qualquer prova ou mesmo a apreensão de bens objecto do ilícito ou instrumentos que sirvam para o exercício daquele, ficando a aplicação de tais medidas na ponderação do julgador.

p) Devem, assim, ser decretadas as medidas que se revelem adequadas e necessárias para assegurar quer o não início, quer a continuação da violação ilícita de direitos de autor e conexos, o que, no mínimo, se tem de consubstanciar no decretamento da inibição ou proibição da continuação da execução pública não autorizada de fonogramas musicais, acompanhada da respectiva tutela penal, a que, necessariamente, acrescerá a apreensão de bens utilizados em tal violação até ao encerramento do estabelecimento.

q) Qualquer outro entendimento, constituirá, na prática, uma autêntica “autorização judicial” para a continuação da prática de um ilícito cível e penal, nos termos dos arts. 195º e 197º do CDADC, *ex vi*, art. 184º, nº 2.

r) Mesmo que não se venha a entender que, na hipótese de violações actuais, o decretamento da providência plasmada no art. 210º-G do CDADC, dispensa a invocação e demonstração do *periculum in mora*, consubstanciado no risco (receio) de lesão grave e dificilmente reparável do direito invocado, ainda assim a providência não deveria ter sido liminarmente indeferida.

s) Pois, a lesão não deve ser buscada no valor concreto da contrapartida pecuniária devida pela autorização ou licença a emitir pela Apelante (valor esse que nunca esteve em causa no presente procedimento) mas antes na impossibilidade prática ditada pela força das circunstâncias e por uma conduta *contra legem* criminalmente punida – de requerente poder exercer, “*sem qualquer restrição*” os seus direitos.

t) Ora, é evidente que, com o indeferimento liminar e, consequentemente, sem o decretamento da providência cautelar intentada, a requerente encontrar-se-á impedida de exercer o direito de proibir a utilização em causa (vertente negativa do direito plasmado no nº 2 do art. 184º do CDADC), que constitui, precisamente, o núcleo essencial do direito invocado.

u) Por isso, mesmo que não seja adoptado o entendimento da ora apelante e se considere que o *periculum in mora* é um requisito essencial do decretamento da providência, sempre se deverá entender que este se encontra, *in casu*, preenchido, sob pena de violação do nº 7 do art. 210º-G do CDADC.

v) Tendo em consideração a situação plasmada no presente procedimento cautelar, resulta que, estamos perante uma providência sobre interesses imateriais e são acções sobre direitos imateriais as que não têm valor pecuniário e visam realizar um interesse não patrimonial.

w) Pelo que, a quantificação dos danos, na presente providência não se mostra, no entendimento da Apelante necessária, bem como, a sê-lo, resulta da simples impossibilidade de exercício da faculdade de proibir – núcleo essencial do direito – ou impedir a execução pública, não autorizada, de fonogramas.

Não houve contra-alegações.

Cumprido decidir.

II - Decidindo:

1. A questão essencial que se suscita na presente apelação está ligada à interpretação do art. 210º-G, nº 1, do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (doravante CDADC), introduzido pela Lei nº 16/08, de 1 de Abril, em transposição da Directiva nº 2004/48/CE.

Mais concretamente importa decidir se, nos casos em que já exista efectiva *violação de direitos de autor*, o recurso às providências cautelares aí referidas se basta com a alegação e prova de tal violação ou se, ao invés, pressupõe sempre uma situação de *lesão grave e dificilmente reparável* de tais direitos.

2. Na decisão recorrida fez-se depender a tutela cautelar dos direitos de autor da verificação dos pressupostos exigidos para a tutela cautelar comum em geral, nos termos do art. 381º, nº 1, do CPC. Partindo de tal asserção, foi proferido despacho de indeferimento liminar com fundamento na ausência de factos concretizadores da situação de *periculum in mora*.

Trata-se de uma solução que não poderá ser confirmada.

2.1. O CDADC aprovado pelo Dec. Lei nº 63/85, de 14 de Março, já continha preceitos que visavam tutelar os direitos de autor e direitos conexos, quer em termos definitivos, quer em termos provisórios, ainda que, em relação a estes, o legislador se tivesse limitado a prever a adopção das *providências cautelares previstas na lei de processo*” (art. 209º), remetendo-nos para os arts. 399º e segs. do CPC. Com a Reforma de 1996, tal remissão passou a fazer-se para as providências cautelares não especificadas reguladas pelos arts. 381º e segs. Em qualquer das circunstâncias, a tutela cautelar comum dependia da verificação de uma situação de *fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável*.

2.2. Porém, o contexto normativo modificou-se sob impulso de mudança com epicentro nos órgãos legislativos da União Europeia, com propagação a cada um dos respectivos Estados-membros.

Constatada a debilidade do sistema de protecção de direitos de propriedade intelectual no espaço da União Europeia, a aposta foi no sentido do reforço dos instrumentos processuais contra actos ilícitos de apropriação por parte de terceiros, objectivo tanto mais próximo e eficaz quanto maior a uniformidade de tratamento em cada um dos Estados-Membros, tendo em conta a facilidade de circulação de pessoas, bens e serviços e os prejuízos que decorrem da violação de tais direitos para os diversos interessados.

A estratégia materializou-se na aprovação da Directiva nº 2004/48/CE, de 29-4-04 (também apelidada de *Directiva de Enforcement*), cujo art. 9º, referente a “*medidas provisórias e cautelares*”, determina que cada um dos Estados-membros, através de transposição, deve “*garantir que as autoridades judiciais possam, a pedido do requerente ... decretar contra o infractor uma medida inibitória de qualquer violação iminente de direitos de propriedade intelectual ou de proibição a título provisório ... da continuação da alegada violação dos referidos direitos ...*” (sublinhado nosso).^[1]

2.3. Embora com um atraso de dois anos em relação ao prazo fixado na referida Directiva,^[2] a sua transposição para o direito nacional operou-se através da Lei nº 16/08, de 1 de Abril, fruto da discussão gerada a partir da Proposta de Lei nº 141/X (do Governo) e do Projecto-Lei nº 391/X (do PCP).

Como se refere no *Relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*, publicado no Diário da Assembleia da República, 2ª Série, de 16-7-07, com tais iniciativas legislativas pretendeu-se dar seguimento ao “*objectivo claro de garantir um elevado nível de protecção da propriedade intelectual, com adopção de um conjunto de medidas e de procedimentos, de natureza instrumental, para assegurar o respeito desses direitos*” (II - 2.1.), para o que se revelaria importante “*a harmonização das medidas, procedimentos e recursos necessários a assegurar o respeito pelos direitos de propriedade intelectual, a fim de assegurar um nível equivalente de protecção no mercado interno*” (IV).

A aludida estratégia, na parte relacionada com a sua envolvente cautelar, esteve na origem da aprovação do novo art. 210º-G do CDADC (idêntico, na sua formulação abstracta, ao art. 338º-I do Código da Propriedade Industrial), segundo o qual, “*sempre que haja violação ou fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável do direito de autor ou dos direitos conexos, pode o tribunal, a pedido do requerente, decretar as providências adequadas a:*

a) *Inibir qualquer violação iminente;*

ou

b) *Proibir a continuação da violação ...*”.

2.4. Argumenta a apelante que quando está em causa a protecção de direitos de propriedade intelectual, *maxime* de direitos de autor, a gravidade da situação ou a difícil reparação das lesões que a situação causou ou continuará a causar é decorrência da natureza absoluta dos direitos em causa, sem necessidade de prova de outros factos qualificativos.

Se outros argumentos não existissem para a revogação da decisão recorrida, tal argumentação não colheria. Mesmo em relação a direitos de natureza absoluta como o são os direito de autor, em princípio não bastaria a alegação da sua violação ou perigo de violação para se asseverar a gravidade da situação ou a sua difícil reparabilidade, bastando referir que existem mecanismos cíveis que permitem restaurar os eventuais danos causados, ao menos através da fixação de uma indemnização compensatória que tenha em atenção os danos causados.

2.5. Porém, em relação à violação dos direitos de propriedade intelectual, o legislador adoptou uma formulação diversa da que, para os direitos em geral, resulta do art. 381º, nº 1, do CPC, pois que em vez de se limitar a tutelar preventivamente situações de “*fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável*”, o

art. 210º-G protege a “*violação de direitos*”, independentemente da referida especificação.

Posto que o referido preceito não seja perfeitamente esclarecedor quanto ao modo como foi desenhada a intervenção do legislador em sede de medidas cautelares, o facto de ter sido assumida uma redacção diversa da que consta do art. 381º, nº 1, do CPC, para o qual anteriormente remetia o art. 209º do CDADC, permite concluir que o condicionalismo de que depende o recurso à tutela cautelar não é totalmente idêntico.

Ainda que, porventura, se pudesse asseverar que a referência à “*violação*” de direitos estaria ligada a situações de lesões continuadas ou repetidas (em que, a par da violação já concretizada de certos direitos, persista o perigo de violações futuras), o elemento literal não seria compatível com a interpretação assumida na decisão recorrida, ou seja, com a exigência, também para os casos em que a violação já se tenha concretizado, de que a correspondente lesão dos direitos tenha de ser ainda “*grave e dificilmente reparável*”.

Presumindo-se que o legislador se expressou em termos gramaticalmente correctos, não existe modo de fazer depender o acesso às medidas cautelares comuns, em situações de violação já verificada, da especial qualificação dos danos causados, o desdobramento do referido preceito acaba por revelar que as providências cautelares podem ser decretadas:

a) Sempre que haja “*violação ... do direito de autor ou de direitos conexos*”;

b) Sempre que haja “*fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ... do direito de autor ou de direitos conexos*”.

Este o resultado que se obtém a partir do elemento literal de interpretação que acaba por ser confirmado com o auxílio de outros instrumentos exegéticos.

2.6. Desde logo, os *Trabalhos Preparatórios*, inscritos no elemento histórico, e que são integrados essencialmente pela referida Proposta de Lei do Governo e pelo Projecto-Lei apresentado pelo PCP.

Aquela Proposta não continha, em sede de direitos de autor, qualquer preceito relacionado com a tutela cautelar comum, a qual apenas estava prevista para a propriedade industrial, nos termos do art. 338º-I do Cód. de Propriedade Industrial, com a seguinte redacção:

“1. Sempre que haja violação ou um risco sério de violação de um direito de propriedade industrial, pode o tribunal, a pedido do interessado, decretar as providências adequadas a ...” (DAR. II Série, nº 84, de 26-5-07, pág. 54).

Já o Projecto-Lei prescrevia no seu art. 209º-B que:

“1. Sem prejuízo das providências cautelares previstas na lei processual civil, sempre que o requerente demonstre a existência de uma violação do seu direito

ou o risco sério do seu direito ser violado, pode o tribunal, a requerimento do interessado, decretar as providências que se mostrem concretamente adequadas a ...” (DAR, II Série, nº 109, de 12-7-07, pág. 15).

Importante é notar que em qualquer dos mencionados textos preparatórios da transposição da Directiva o acesso à tutela cautelar comum foi desligado da qualificação dos efeitos da violação dos direitos de propriedade intelectual. A norma com o teor da que agora corresponde ao do art. 210º-G apenas surge no Relatório apresentado pela Comissão de Direitos Liberdade e Garantias (DAR, II Série, nº 112, de 16-7-07), a partir do qual, sem mais alterações, foi submetida à aprovação do Plenário (DAR, II Série, nº 51, de 2-2-08).

2.7. No âmbito do elemento racional ou teleológico, cumpre ponderar que a alteração normativa foi decorrência de uma Directiva Europeia visando alcançar uma maior protecção dos direitos de propriedade intelectual, a qual encontra mais justificação em situações de violação já consumada de direitos. Em diversos considerandos da Directiva, que correspondem à respectiva justificação preambular, se alude à necessidade de *defender o mercado interno e a competitividade*, para o que se revelariam necessárias medidas de *cessação imediata de violações de direitos de propriedade intelectual*. Na Comunicação da Comissão Europeia, de 30-11-00, alude-se à necessidade de alcançar a aproximação da legislação europeia, a fim de assegurar um elevado nível de protecção, equivalente ou homogéneo, no mercado interno. Tais objectivos surgem também nas justificações preambulares das iniciativas legislativas nacionais e, depois, no Relatório da Assembleia da República que sobre as mesmas incidiu e que já anteriormente referimos.

Como refere Adelaide Menezes Leitão, em *A tutela dos direitos de propriedade intelectual na Directiva nº 2004/48/CE*, publicado em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano*, vol. I (e também na colectânea *Direito da Sociedade de Informação*, vol. VII, págs. 173 e segs.), “sem um nível de protecção equivalente em todo o território não se alcança o ambiente favorável a uma livre circulação no mercado interno e a uma sã concorrência” (pág. 29).

Ora, se tal protecção se justifica para prevenir situações em que o *periculum in mora* se reporta a lesões futuras, ainda não concretizadas, mais justificação encontra ainda quando, porventura, se constatem já situações de efectiva violação de direitos de propriedade intelectual.

Neste mesmo sentido, Manuel Oehen Mendes já defendia, em 2005, no âmbito de uma conferência sobre direitos de propriedade industrial sob o tema “*Providências cautelares em matéria de patentes*”, que “é indispensável e urgente uma intervenção legislativa que adapte o regime geral das providências cautelares

á natureza, necessidades e exigências específicas dos direitos de propriedade intelectual em geral ... por forma a garantir-lhes um grau de protecção elevado e efectivo. Esta adequação deverá ter em conta as especificidades de cada direito privativo”. Quanto ao pressuposto geral das providências cautelares ligado à gravidade da lesão defendia que “a violação de direitos privativos não depende da verificação de um qualquer dano ou prejuízo” (www.american.embassy.pt).

2.8. Também no elemento sistemático encontramos apoio para a solução que defendemos.

Na verdade, os direitos de propriedade intelectual, também apelidados direitos de exclusivo,^[3] são direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, à semelhança do que ocorre com os direitos reais em geral, *maxime* com os direitos reais de gozo. A sua tutela não se satisfaz apenas com a mera prevenção de violações futuras, como bem o demonstram as providências específicas de restituição provisória da posse (mecanismo que indirectamente também serve para tutelar os direitos reais) ou de embargo de obra nova (arts. 393º e 412º do CPC), ambas aplicáveis a situações em que a violação do direito já tenha ocorrido, sem necessidade de se alegar e provar a gravidade da situação lesiva ou sua difícil reparabilidade.

Com efeito, na restituição provisória da posse, apurada sumariamente a existência de posse (ou de uma situação equiparada) e de esbulho violento, atribui-se ao possuidor a tutela antecipada, funcionando esta como uma espécie de reprovação da violação ilícita de interesses do possuidor,^[4] tendo por fundamento, de acordo com Moitinho de Almeida, “o risco de piorar a situação material da coisa que irá a final ser entregue ao vencedor” ou o “risco de desordem, se o objecto é imóvel, mormente se, por serem vizinhos, os contendores se vêem aproximados”.^[5]

Também em relação ao embargo de obra nova a lei prescindiu da quantificação e da qualificação dos prejuízos, já que, uma vez demonstrado que a actuação do requerido ofende direitos reais ou pessoais de gozo, ou a posse, é indiferente para o seu decretamento a alegação da gravidade dos danos.^[6]

Assim, o paralelismo que pode ser feito em relação aos direitos de autor ou de propriedade industrial, torna compreensível que o legislador, em relação a situações de lesão já concretizada, tenha prescindido também da gravidade da lesão ou a dificuldade da sua reparação.

2.9. Porque estamos em sede de transposição de uma Directiva, importa ainda ponderar um elemento adicional ligado ao relevo que deve ser atribuído ao Direito Comunitário. Assim, por um

lado, a actuação do legislador nacional deve conformar-se com os objectivos genericamente assumidos em tais instrumentos legais e, por outro, em situações de dúvida, as normas nacionais devem ser interpretadas de acordo com as Directivas que lhes subjazem ou com os demais instrumentos de direito da União Europeia.^[7]

Já se disse que o regime prescrito pela referida *Directiva de Enforcement* se inscreve num objectivo, de âmbito territorial mais alargado, de tutela efectiva de direitos de propriedade intelectual, para o que se mostra relevante a eliminação de diferenças em aspectos substanciais emergentes dos instrumentos normativos de âmbito nacional. Procurando-se, na medida do possível, a maior uniformização, dificilmente se compreenderia que, em matérias transversais como os direitos de propriedade intelectual, fossem diversos os regimes de protecção no âmbito da União Europeia.

Ora, não se encontra no art. 9º da referida Directiva ou em qualquer outro preceito ou considerando a necessidade de fazer depender a tutela cautelar, em situações de violação de direitos, da gravidade da lesão ou da sua natureza irreparável ou dificilmente reparável. Tendo sido imposto ao legislador nacional a previsão de medidas inibitórias de carácter provisório, como o são as providências cautelares, visando a “*proibição ... da alegada violação ... actual ou iminente*” de direitos de propriedade intelectual (art. 9º, nº 1, al. a)), a basta-se com a *prova sumária* de que o requerente é titular do direito e que este é objecto de *violação actual* ou *iminente* (nº 3).

É, pois, também à luz deste preceito que deve ser interpretado o art. 210º-G, nº 1, do CDACD, o que, por acréscimo, permite confirmar que, em situações de violação já efectiva, a lei torna a tutela cautelar independente da qualificação da situação de *periculum in mora*.

É o que designadamente ocorre em Espanha, nos termos do art. 141º da Ley nº 19/2006, de 5 de Junho (Espanha), sob a epígrafe “*medidas cautelares*”, segundo o qual as medidas cautelares de protecção poderão ser adoptadas “*en caso de infracción o quando exista temor racional y fundado de que esta va a producirse de modo imminente ...*” (sublinhado nosso).

2.10. Importando ainda trazer à colação outros contributos, a dispensa da especial gravidade das lesões ou da sua irreparabilidade ou difícil reparabilidade já foi afirmada, pelo menos, num aresto de tribunais superiores, mais concretamente no Ac. da Relação de Coimbra, de 9-12-08 (www.dgsi.pt), relatado por Emídio Santos, em cujo sumário se diz que “*o art. 210º-G do CDADC tanto permite ao titular de direitos de autor pedir o decretamento de uma providência cautelar com fundamento na violação do seu direito, como com*

fundamento no fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável a esse direito". Incidiu sobre um caso em que estavam em causa programas informáticos, tendo-se concluído que, “*pelo menos em relação a algumas das providências requeridas – a apreensão dos programas ilegitimamente reproduzidos que estivessem no estabelecimento da requerida e injunção à requerida para se abster de reproduzir, sem autorização, o software da requerente e de o comercializar – não era essencial à sua procedência a alegação de factos relativos ao receio de lesão grave e dificilmente reparável dos direitos da requerente sobre os programas de computador*”. Tal entendimento jurisprudencial também encontra correspondência no já citado trabalho (o único que vimos publicado)^[8] de Adelaide Menezes Leitão, no qual, ainda que em termos sucintos, se afirma que à solução inserida no art. 210º-G subjaz a ideia de “*facilitação da instauração e decretamento de medidas cautelares ... em prol da necessidade de assegurar a utilidade da decisão e a efectividade da tutela jurisdicional*”, concluindo que “*no CPC estabelecem-se pressupostos mais exigentes para a decretação da medida cautelar. Com efeito, no art. 381º exige-se o fundado receio de lesão grave e o carácter de difícil reparação do direito*” (págs. 40, 41 e 51, com sublinhado nosso).^[9]

2.11. Revertendo ao caso concreto, verifica-se que a requerente, ora agravante, alegou no requerimento inicial, além do mais, que:

- tomou conhecimento que a requerida, num estabelecimento de discoteca aberto ao público, procede de forma habitual e continuada, à execução pública de fonogramas sem a competente licença ou autorização (art. 37º);
- a mesma procede à execução pública de fonogramas do repertório entregue à gestão da requerente nos dias em que o estabelecimento está aberto ao público (art. 40º);
- tal constitui uma prática habitual e reiterada (art. 42º) e vem prosseguindo normalmente (art. 45º), sem que tenha surtido efeito o aviso que foi feito (art. 47º);
- a continuação da situação é, por si só, causadora de graves prejuízos à requerente, não podendo ficar a assistir à violação continuada e reiterada dos seus direitos (art. 49º);
- qualquer delonga processual traduzir-se-á na continuação de uma actividade delituosa e num intolerável esvaziamento do próprio conteúdo do direito da requerente (art. 50º).

Acrescentou ainda que:

- a continuação da utilização coloca irremediavelmente em risco o direito da requerente de se poder opor a qualquer utilização (arts. 65º, 49º e 50º);
- qualquer demora virá aumentar e agravar ainda mais os prejuízos e danos da requerente, além de permitir ao infractor a continuação do aproveitamento económico que retira da utilização de direito alheio (art. 66º).

2.12. Nestes termos, considerando que no requerimento inicial foram alegados factos que revelam a situação violação já concretizada de direitos de autor, com persistência ou continuação da mesma situação, não existia fundamento para o indeferimento liminar com base em pretensa deficiência de alegação conducente à inviabilidade da pretensão.

3. Ainda que concluíssemos pela necessidade de concretização dos requisitos referidos na decisão recorrida, nem assim esta poderia manter-se, justificando-se, por outra via, a procedência da apelação.

3.1. O despacho liminar persiste em relação a casos circunscritos, entre os quais se incluem os procedimentos cautelares (art. 234º, nº 4, al. b), do CPC).

Todavia, tal como já decorria do anterior regime (art. 474º), o *indeferimento liminar* continua reservado para os casos em que, além das situações em que se verifiquem exceções dilatórias insupríveis de conhecimento oficioso, o pedido se revele manifestamente improcedente.

O indeferimento liminar deve ser para situações em que a petição apresente vícios formais ou substanciais de tal modo graves que permitam antever, logo nesta fase, que jamais o processo poderá culminar com uma decisão de mérito ou em que se revele inequívoca a inviabilidade da pretensão apresentada pelo autor, sem necessidade de qualquer diligência suplementar.^[10] Quando ligado ao mérito do procedimento, o indeferimento liminar corresponde a um *judgamento antecipado* que apenas se justifica nos casos de evidente inutilidade de qualquer instrução ou discussão posterior, isto é, quando seja inequívoco que a pretensão nunca poderá proceder, qualquer que seja a interpretação jurídica que se faça dos preceitos legais.^[11]

Os cuidados que devem rodear a prolação de despachos de indeferimento liminar devem ser acrescidos nos *procedimentos cautelares*. Servindo estes para tutelar situações em que se revele o *periculum in mora* e bastando-se com o apuramento sumário de factos de que seja possível extrair o efeito jurídico prosseguido pelos meios de tutela cautelar, só perante situações de inequívoca inviabilidade se justifica o indeferimento *in limine*.

3.2. Entre o seguimento do procedimento e o seu indeferimento liminar, é conferida ao juiz a possibilidade (é claro, em termos de poder/dever) de *convidar o requerente a aperfeiçoar* os aspectos que considera deficientes ou insuficientes, em vez de rematar com a extinção imediata da instância.

No sistema anterior, este despacho estava claramente demarcado no art. 477º, subdividido entre o *despacho de aperfeiçoamento vinculado*, que visava petições com falta de requisitos

externos ou situações de falta de junção de determinados documentos, e o *despacho de aperfeiçoamento não vinculado*, destinado a permitir o suprimento de irregularidades ou de deficiências susceptíveis de comprometer o êxito da acção ou do procedimento cautelar. Com qualquer das intervenções pretendia-se evitar a insatisfação dos interesses cuja protecção despoletara o processo, por razões puramente formais ligadas a determinados pressupostos processuais ou a deficiências na explanação da matéria de facto ou na concretização do pedido. Os procedimentos não excluía esta intervenção judicial, plenamente justificada pela necessidade de se assegurarem eficazmente os objectivos que através deles se pretendiam alcançar, sem quebra de determinados requisitos de ordem substancial ou formal.^[12]

É verdade que em relação aos procedimentos cautelares não encontramos um preceito expresso nesse sentido. Tal intervenção do juiz encontra-se genericamente prevista nos arts. 265º, nº 2, e 508º, nº 2 e 3, do CPC, normas que, uma vez adaptadas à figura dos procedimentos cautelares, dão suficiente resposta à questão colocada.^[13]

Tendo em conta os objectivos que se pretenderam alcançar com a *reforma do processo civil de 1996* mais se justifica uma intervenção judicial que permita a sanação das irregularidades passíveis de suprimento ou a correcção dos vícios ou das falhas capazes de comprometer o êxito do procedimento.

3.3. No caso concreto, ainda que porventura se confirmassem as deficiências assinaladas ligadas à necessidade de concretizar a existência de uma situação de perigo de lesão grave e dificilmente reparável de direitos de autor, o efeito jurídico-processual não redundaria necessariamente no indeferimento liminar do requerimento inicial, justificando-se, isso sim, o *despacho de aperfeiçoamento*.

Também por este motivo se impunha a revogação da decisão recorrida, a fim de ser dada à requerente a possibilidade de as corrigir.

III – Face ao exposto, acorda-se em julgar procedente a apelação determinando que, em lugar do indeferimento liminar do requerimento inicial, os autos prossigam os seus termos normais, designadamente com notificação da requerida nos termos e para efeitos do disposto no art. 234º-A, nº 4, do CPC. Sem custas (art. 2º, nº 1, al. g), do CCJ).
Notifique.

Lisboa, 10-2-09

António Santos Abrantes Geraldes

[1] Como refere Dário Moura Vicente, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, pág. 402, o recurso a providências cautelares constitui um dos importantes meios de tutela dos *direitos de autor e de propriedade industrial*, tendo em vista fazer valer o princípio da exclusão e impedir a utilização ilegítima.

[2] Refere-se no *Relatório* publicado no D.A.R., II Série, de 16-7-07 (pág. 13) que Portugal, Alemanha, França, Luxemburgo e Suécia eram os Estados-Membros que ainda não haviam transposto a Directiva, tendo a Comissão Europeia iniciado procedimentos tendentes à fase contenciosa.

[3] Oliveira Ascensão, em “*Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo?*”, na *Revista Themis*, nº 15, págs. 138.

[4] No Ac. do STJ, de 14-11-94, BMJ 441º/202, considerou-se que é a violência que compensa a falta das características do *periculum mora*. No mesmo sentido cfr. Alberto dos Reis, *CPC anot.*, vol. I, pág. 670, e o Ac. da Rel. de Évora, de 11-4-85, CJ, tomo II, pág. 290.

[5] *Restituição da Posse e Ocupação de Imóveis*, 2ª ed., pág. 117.

[6] Neste sentido cfr. o Ac. da Rel. de Évora, de 29-11-00, CJ, tomo V, pág. 253.

A ofensa do direito de propriedade importa, por si só, um dano jurídico justificativo do embargo, como defendem Moitinho de Almeida, *Embargo ou Nunciação de Obra Nova*, 2ª ed., pág. 31, e Alberto dos Reis, *CPC anot.*, vol. II, pág. 63, e foi decidido no Ac. da Rel. de Coimbra, de 8-1-91, CJ, tomo I, pág. 42, e no Ac. da Rel. de Lisboa, de 14-1-76, CJ, tomo I, pág. 195).

[7] Sobre a matéria cfr., entre outros, José Caramelo Gomes, *O Juiz Nacional e o Direito Comunitário* e Paula Quintas, *A problemática do Efeito Directo das Directivas Comunitárias*.

[8] Outro trabalho, intitulado *Os novos meios de tutela preventiva dos direitos de propriedade intelectual no direito português*, acessível em www.law.ed.ac.uk, é da autoria de Miguel Lourenço Carretas nele referenciado como advogado e responsável pelo Departamento Jurídico da ora requerente. As soluções que defende correspondem sensivelmente ao teor das alegações do presente recurso cujas conclusões se reproduziram no relatório inicial.

[9] Segundo Couto Gonçalves, no trabalho intitulado *A protecção nacional da propriedade industrial (à luz da evolução recente)*, na revista *Scientia Iuridica*, nº 316, pág. 692, a referida Directiva “vem na linha da orientação vertida na parte III do ADPIC/TRIPS (arts. 41º a

61º) que consagra um regime de aplicação efectiva dos direitos de propriedade intelectual dirigido à legislação dos Estados-membros, de modo a permitir uma efectiva acção eficaz contra qualquer infracção dos direitos de propriedade intelectual previstos no Acordo, incluindo medidas correctivas dissuasoras de novas infracções". (sublinhado nosso).

[10] Alberto dos Reis justificava a previsão do despacho de indeferimento liminar como um dos corolários do princípio da economia processual, com vista "a evitar o dispêndio inútil da actividade judicial". Ainda, segundo o mesmo autor, "o indeferimento liminar pressupõe que, ou por motivos de forma, ou por motivos de fundo, a pretensão do autor está irremediavelmente comprometida, está votada ao insucesso" (*CPC anot.* vol. II, pág. 373).

Anselmo de Castro, por seu lado, considerava igualmente que o indeferimento liminar tinha por fim "eliminar à nascença processos desprovidos das necessárias condições de viabilidade formal e substancial, sem prejuízo das garantias do autor que ficará acautelado de todos os riscos" (ob. cit., pág. 199).

[11] Alberto dos Reis, *CPC anot.*, vol. II, pág. 385.

[12] Veja-se o Ac. da Rel. de Lisboa, de 20-1-94, CJ, tomo I, pág. 100, no que concerne ao aperfeiçoamento da matéria de facto relativa ao *periculum in mora*.

[13] Em sentido concordante, referindo-se ao processo comum, cfr. Lebre de Freitas, *CPC anot.*, vol. I, pág. 403, e *A Acção Declarativa Comum*, pág. 61.