

Cooperativismo e Economia Social, nº 35 (2012-2013), pp. 333-348

**CASO DA TRANSFERÊNCIA DE FARMÁCIA
DE ASSOCIAÇÃO PÚBLICA**
**Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal
Administrativo de 26 de setembro de 2012¹⁰⁶**

Irene PORTELA

*Professora Coordenadora da área Científica de Direito da Escola Superior de
Economia e Gestão do Instituto Superior do Cávado e do Ave de Barcelos
iportela@ipca.pt*

1. DO LITÍGIO

O Infarmed – Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento¹⁰⁷ deliberou deferir o pedido de transferência da Farmácia pertencente a uma associação pública para uma localização sita a uma distância inferior daquela que está fixada pela Portaria 936-A/99 de 22 de outubro. O recorrente dono da Farmácia privativa opôs-se a esta deliberação porque entendeu que violava o princípio da concorrência já que os seus clientes são potenciais clientes da farmácia transferida. Alegou ainda que o ato padeceu de um vício de forma e de um vício de violação de lei.

O Tribunal negou provimento ao recurso contencioso de anulação da deliberação do Conselho de Administração do INFARMED que deferiu o pedido de transferência da farmácia social, com base «nos termos do n.º 6 da Portaria 936-A/99, de 22 de outubro»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ - Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) n.º 0491/12 em www.dgsi.pt, consultado em julho de 2013.

¹⁰⁷ - De ora em diante «INFARMED».

¹⁰⁸ - Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) n.º

Contra a posição adotada a Recorrente sustentou que a população destinatária da Farmácia privativa e a da Farmácia social é a mesma porque os funcionários do Estado, os designados «associados», são também potenciais e efetivos clientes de outras farmácias situadas nas redondezas do prédio em Lisboa. Portanto, alegou que o que estava em causa era uma questão de concorrência entre farmácias, ofendendo o disposto no ponto 2.º, n.º 1, alínea b), da Portaria n.º 936-A/99, de 22 de outubro, porque distavam apenas 214,74 metros em linha reta¹⁰⁹.

Atento à matéria, o Tribunal deliberou que o recurso jurisdicional não merece provimento porque a farmácia em questão regia-se pelas normas especiais dos n.ºs 4 e 5 da Base II da Lei n.º 2125 de 20.03.1965 e do artigo 44.º do DL n.º 48547 de 27.08.1968, e a cuja clientela reduz-se ao universo muito específico dos associados, não devendo aplicar-se o regime geral contido nas normas do ponto 3 do n.º 16 e da alínea b) do ponto 1 do n.º 2, da Portaria n.º 936-A/99, de 22.10. Na fundamentação do Acórdão, o coletivo apontou que estas são as regras que «foram cogitadas para evitar situações de violação da concorrência» e continua, não há, portanto, qualquer concorrência entre as Farmácias na exata medida em que não há clientela comum ou coincidente, sendo que este é um pressuposto básico — uma verdadeira condição *sine qua non* — da existência de concorrência. E concluiu que «não era, pois, necessário que o INFARMED respeitasse a regra da concorrência entre farmácias, (o caso dos artigos 2.º e 16.º da Portaria) respetivamente, a imposição dos 500 metros de distância mínima entre farmácias, e a obrigação de anúncio prévio da transferência. As duas farmácias em litígio não se estavam numa situação de igualdade de circunstâncias, uma vez que a Farmácia de Associação Pública não estava aberta ao público em geral, ou seja, não abastecia os clientes da farmácia privada. Não devendo portanto aplicar-se a norma do ponto 3 do n.º 16 da referida Portaria destinada a evitar um tratamento discriminatório entre farmácias em situação igual.

Além disso existia a necessidade de, através da norma da alínea b) do ponto 1 do n.º 2 da Portaria, corrigir algumas assimetrias existentes na distribuição de farmácias no território nacional e, desse modo, tornar os serviços

747/07DE2007/11/08 em www.dgsi.pt, consultado em julho de 2013.

¹⁰⁹ - Vide Portaria n.º 936-a/99 de 1999/10/22, na redação da Portaria 1379/2002 de 2002/10/22, artigo 1.º, al. b), artigo 2.º e artigo 6.º.

farmacêuticos mais próximos e acessíveis dos cidadãos¹¹⁰. Ora, neste caso, os clientes de ambas as farmácias não coincidiam, pelo que não se justificava a preocupação de atingir esse objetivo e, daí, não haver razões para a aplicação desse dispositivo legal.

Conclui negando o argumento da concorrência entre farmácias, que «a desigualdade de circunstâncias, o facto de as clientelas não coincidirem, conduz a que a relação de concorrência esteja muito esbatida, pelo que também, por esta via, não se vê fundamento para que seja acionado esse normativo».

No sentido deste acórdão e visando uma situação em tudo idêntica à que ora se analisa o Tribunal decidiu¹¹¹ no âmbito de um recurso contencioso intentado por outra recorrente a mesma questão com outros fundamentos, a saber «o regime jurídico da Portaria n.º 936-A/99, de 22.10, não se aplica à transferência da farmácia privada por várias razões. Em primeiro lugar, porque, tendo a Portaria como norma habilitadora o art. 50.º n.º 2 do Decreto-Lei 48547, de 27.08.1968 os critérios a seguir «na autorização da instalação de novas farmácias ou a sua transferência são a comodidade das populações e a viabilidade da exploração económica dos estabelecimentos». Concomitantemente, a transferência da farmácia particular não está abrangida pelas condições para transferência de farmácias previstas no art. 2.º da Portaria 936-A/99, de 22.10, *ex vi* do art. 16.º n.º 1 da mesma portaria, uma vez que o regime aí fixado ao abrigo

¹¹⁰ - *Vide* a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo produzida neste sentido: Acórdão n.º 005706/60 de 01-07-1960; Acórdão n.º 001191/61 de 12-10-1961; Acórdão n.º 001257/62 de 20-12-1962; Acórdão n.º 6830/65 de 19-03-1965; Acórdão n.º 9055/75 de 20-03-1975; Acórdão n.º 026943/90 de 01-03-1990; Acórdão n.º 035752/96 de 30-01-1996; Acórdão n.º 046303 de 26-03-2003; Acórdão n.º 047025, de 29-10-2002; Acórdão n.º 57/11 de 31-03-2011; Acórdão n.º 0491/12 de 26-09-2012; Acórdão n.º 0928/09 de 05-06-2012; Acórdão n.º 0652/12 de 26-09-2012; Acórdão n.º 0269/11 de 13-07-2011; Acórdão n.º 01095/09 de 24-03-2011; Acórdão n.º 0987/07 de 21-05-2008; Acórdão n.º 028/11 de 03-03-2011; Acórdão n.º 01160/09 de 17-03-2010; Acórdão n.º 01114/09; Acórdão n.º 0755/08; Acórdão n.º 0449/08 de 27-05-2008; Acórdão n.º 0747/07 de 08-11-2007; Acórdão n.º 046823 de 21-11-2001; Acórdão n.º 048196/02 de 26-02-2002; Acórdão n.º 011163/83 de 17-11-1983; Acórdão n.º 0958/05 de 23-03-2006; Acórdão n.º 01289/05 de 16-03-2006; Acórdão n.º 01552/03 de 14-02-2006; Acórdão n.º 0127/04, 14-04-2005; Acórdão n.º 060/04 de 18-01-2005; todos disponíveis em www.dgsi.pt, consultado em julho de 2013.

¹¹¹ - *Vide* acórdão deste STA de 2007.11.08, no processo n.º 747/07, disponível em www.dgsi/jsta.pt.

do disposto no art. 50.º do DL 48457, de 27.08.1968, não abrange as farmácias que funcionam ao abrigo do art. 44.º deste diploma. A regulamentação deve ter em consideração esses pontos, visando apenas a generalidade dos cidadãos (a comodidade das populações) e a subsistência no mercado das empresas (a viabilidade da exploração económica dos estabelecimentos), e só pode referir-se às farmácias que estão no mercado em situação de concorrência, o que não é manifestamente o caso da farmácia social que tem como destinatários únicos os seus associados e vê a sua viabilidade económica depender das suas cotizações.

Mas a questão adiantada pela recorrente não deixa de ser curiosa e pertinente na exposição que faz dos factos quando alega: «a nova farmácia, possui montra e porta de acesso permanente dos utentes para o exterior [...] possui porta direta para a rua, não cumprindo o preceituado na lei e alterando os pressupostos da sua abertura» [...] enquanto «*as atuais instalações, encontram-se num edifício sem acesso permanente dos utentes para o exterior*», ora presume-se a mudança de abordagem relativamente à clientela «associada». Sem dúvida, apesar de o Tribunal nada dizer relativamente a esta «observação» no Acórdão.

2. DAS NOVAS BASES LEGAIS DA ATIVIDADE DE «FARMÁCIA DE OFICINA»

A Lei n.º 2125, publicada em 20.03.1965, veio definir «as bases para o exercício da atividade de farmácia» e no n.º 4 da sua Base II manteve as autorizações de funcionamento de farmácias de instituições, ao estipular-se que «para o cumprimento dos seus fins estatutários, as Misericórdias e outras instituições de assistência e previdência social poderão ser proprietárias de farmácias desde que estas se destinem aos seus serviços privativos. As farmácias que estas instituições atualmente possuam abertas ao público podem continuar no mesmo regime».

A manutenção em funcionamento das farmácias das instituições indicadas passou a configurar uma exceção à regra geral de que só os farmacêuticos ou as sociedades cujos sócios o fossem podiam ser proprietários de farmácias, conforme resultava do disposto no n.º 2 da mesma Base II.

Por seu lado, o DL 48 547 de 27.08.1968 veio definir o quadro jurídico do «Exercício da profissão de farmacêutico», estipulando no art.º 44 que: «No alvará das farmácias licenciadas nos termos do n.º 4 da Base II da Lei n.º 2125

indicar-se-á expressamente que estas farmácias apenas podem fornecer medicamentos em condições especiais às pessoas que, nos termos dos estatutos ou regulamentos das entidades a que pertençam, tenham essa prerrogativa e nas condições ali expressamente estabelecida. A farmácia da associação pública *in casu* foi autorizada a transferir «as instalações» a uma distância inferior à permitida por Lei, «a apenas 214,74 metros da farmácia da recorrente» porque a farmácia da associação, cuja transferência foi autorizada, funcionava ao abrigo do disposto no art.º 44 do DL 48547, de 27.08.1968, abrangida portanto pelo licenciamento previsto no n.º 4 da Base II da Lei n.º 2125, de 20.03.1965¹¹².

Diferentemente do que acontece com a transferência das farmácias privadas, esta só poderá ser autorizada se «não se encontrar instalada nenhuma outra farmácia a menos de 500 metros de distância em linha reta» (condição prevista no n.º 1, al. b), do art. 2.º da Portaria 936-A/99, de 22/10 com a redação da Portaria 1379/2002, de 22.10).

A portaria 1379/2003, de 22.10, veio alterar a portaria n.º 936-B/99, de 22 de outubro abrindo um regime que se pretendia excepcional visando instalar farmácias fora dos grandes centros urbanos. A promoção de regras de concorrência transparentes, equilibradas e justas, para corrigir as assimetrias na distribuição de farmácias e eliminar potenciais focos de conflitos de interesses.

A transferência de farmácias dos locais de maior concentração para zonas onde existiam em menor número, através de um programa especial de transferência, de natureza temporária, ia permitir instalar farmácias nesses locais, melhorando assim a cobertura farmacêutica em cada concelho, e «permitir instalar algumas centenas de novas farmácias, indo ao encontro do interesse das populações carenciadas deste serviço, especialmente nos centros urbanos de menor densidade populacional com prejuízo para os doentes e da população aí residente».

A entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 307/2007 de 31 de agosto levou à reorganização jurídica do sector das farmácias, cujo regime remontava essencialmente à década de 60 do século passado (Pavia, M. B. e Correia, A., 2007)

¹¹² - Por força do artigo 3.º da Lei n.º 16/2013 de 8 de fevereiro foram revogados a Lei n.º 2125, de 20 de março de 1965, e o Decreto-Lei n.º 48547, de 27 de agosto de 1968. A Portaria 936-A/99, de 22.10, objeto deste Acórdão, seria revogada pelo Decreto-Lei 207/2007.

Este Decreto-Lei veio estabelecer o regime jurídico das «farmácias de Oficina» que são «estabelecimentos onde para além de se poder adquirir medicamentos ou outros produtos necessários para cuidar da saúde e do bem-estar do corpo, podem ser desenvolvidas também pesquisas técnicas e de produção de novos medicamentos, bem como, o estudo da manipulação de fármacos, a criação e aplicação de métodos de controle de qualidade, criação e aplicação de métodos de identificação e dosagem de tóxicos» (Ordem dos Farmacêuticos, 2007).

Por iniciativa do Provedor de Justiça, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no Acórdão n.º 612/2011 publicado em 24 de janeiro de 2012, declarando inconstitucionais varias normas do DL 307/2007. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 14.º n.º 1 que delimitava a propriedade das farmácias às pessoas singulares ou sociedades comerciais e a do artigo 47.º n.º 2 al. a) que previa uma contraordenação para farmácias que não adotassem a forma de sociedade comercial e a do artigo 58.º que obrigava as entidades do setor social de economia a proceder no prazo de 5 dias a contar da entrada em vigor do diploma às adaptações necessárias para cumprir os requisitos do artigo 14.º porque violavam o princípio do excesso ínsito no princípio do Estado de Direito consagrado no art. 2.º da Constituição de República Portuguesa, conjugado com o artigo 63.º, n.º 5 (Meira (a), 2012: 243-254).

Como efeito direto desta declaração de inconstitucionalidade, o Decreto-Lei n.º 307/2007 viria a sofrer alterações sucessivas e profundas. A primeira alteração resultou da Lei n.º 26/2011 de 16 de junho que alterou o regime da transferência de farmácias; A segunda alteração viria com o Decreto-Lei n.º 171/2012 de 1 de agosto, adequando o regime jurídico das farmácias de oficina à jurisprudência fixada pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2011, destacando-se, de entre as modificações introduzidas, o estabelecimento de um prazo suficientemente alargado, «abrangendo um período de pelo menos um ano económico, para que as entidades do sector social com farmácias em regime de concorrência programem adequadamente a sua adaptação aos requisitos exigidos às proprietárias de farmácias que se encontrem no mercado»¹¹³. Clarificou o critério de licenciamento de novas farmácias, prevendo um concurso com pré-seleção dos candidatos que preencham os requisitos legais e determinou a instalação da farmácia de acordo com um sorteio, nos casos em que o número de candidatos pré-selecionados exceda o número de farmácias a instalar, afastando as dúvidas relativas à aplicação

¹¹³ - Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2011.

do princípio da igualdade suscitadas pelo critério de graduação. O preâmbulo esclareceu «que estas alterações visam cumprir o estabelecido no Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica firmado pelo Governo Português com o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia e o Banco Central Europeu, procedendo à revisão da legislação aplicável ao sector das farmácias, introduzindo medidas excepcionais atinentes à viabilidade económica do funcionamento de algumas farmácias de oficina, cuja regulamentação viria a ser feita pela Portaria n.º 352/2012¹¹⁴ de 30 de outubro, que revogou a portaria n.º 1430/2007¹¹⁵ de 2 de novembro que por sua vez tinha já regulamentado os aspetos procedimentais da abertura de novas farmácias (cujo regime de transferência se encontrava já previsto, com alterações ao regime do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 307/2007, através do artigo 2.º da Lei n.º 26/2011¹¹⁶, de 16 de junho).

O artigo 1.º da Lei n.º 26/2011 de 16 de junho estabeleceu o regime jurídico da transferência de farmácias introduzindo um novo texto aos artigos 26.º e al.

¹¹⁴ - Portaria n.º 1430/2007, de 2 de novembro, publicada no Diário da República, 1.ª série, N.º 211 de 2 de novembro de 2007, que no seu artigo 42.º revogava a Portaria n.º 936-A/99, de 22 de outubro, alterada pelas Portarias n.ºs 1379/2002, de 22 de outubro, 168 -B/2004, de 18 de fevereiro, e 865/2004, de 19 de julho. No artigo 2.º fixava os requisitos cumulativos para a abertura de novas farmácias (a) Capitação mínima de 3 500 habitantes por farmácia aberta ao público no município, salvo quando a farmácia é instalada a mais de 2 km da farmácia mais próxima; (b) Distância mínima de 350 m entre farmácias, contados em linha reta, dos limites exteriores das farmácias; (c) Distância mínima de 100 m entre a farmácia e uma extensão de saúde, um centro de saúde ou um estabelecimento hospitalar, contados, em linha reta, dos respetivos limites exteriores, salvo em localidades com menos de 4 000 habitantes. No n.º 2 prevê que a transferência de farmácia no município dependa do preenchimento cumulativo das alíneas b) e c) do número anterior. (3) A distância prevista na alínea b) do número anterior aplica-se também à abertura ou transferência de farmácia em relação a farmácia situada em município limítrofe. (4) A determinação do número de habitantes é feita em função dos dados mais recentes disponibilizados pelo Instituto Nacional de Estatística, I.P..

¹¹⁵ - Portaria n.º 352/2012 de 30 de outubro, publicada no Diário da República, 1.ª série, N.º 210 de 30 de outubro de 2012 e a ainda a Portaria n.º 1430/2007, de 2 de novembro.

¹¹⁶ - Lei 26/2011 de 16 de junho publicada no Diário da República, 1.ª série, N.º 115, de 16 de junho de 2011.

j) do artigo 48.^o¹¹⁷ do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, prevendo que a proprietária pode, dentro do mesmo município, transferir a localização da farmácia, desde que observe as condições de funcionamento: previstas no n.º 2 do artigo 1.º, ou seja desde que o pedido de transferência cumpra os critérios seguintes: (a) a necessidade de salvaguardar a acessibilidade das populações aos medicamentos, a sua comodidade, bem como a viabilidade económica da farmácia, cuja localização o proprietário pretenda transferir; (b) a melhoria ou aumento dos serviços farmacêuticos de promoção de saúde e do bem-estar dos utentes». E acresce ao abrigo do n.º 6 do mesmo artigo 1.º, «o requisito da distância mínima entre farmácias não é aplicável no caso de transferência dentro da mesma localidade, desde que (a) seja previsível a melhoria da qualidade da assistência farmacêutica; (b) não ocorra alteração da cobertura farmacêutica; se (c) os proprietários das farmácias situadas a distância inferior à definida no diploma a que se refere o presente número declarem por escrito a sua não oposição; e (d) a nova localização da farmácia respeite as áreas e divisões legalmente exigíveis para aqueles estabelecimentos. Sendo que o disposto na alínea c) do n.º 6 apenas é aplicável no caso de a transferência resultar numa maior proximidade geográfica entre a farmácia a transferir e as existentes». O artigo 2.º fixou os pressupostos a verificar na transferência nos concelhos limítrofes.

Assim, as farmácias situadas em municípios com uma capitação inferior à exigível para a abertura de novas farmácias, podem transferir-se para os concelhos limítrofes com capitação superior, desde que sejam observadas as condições de funcionamento e se verifiquem, cumulativamente, os seguintes pressupostos no município de origem: (a) existam farmácias a menos de 350 m da farmácia que se pretende transferir; (b) a capitação nesse município não se torne superior à legalmente exigível para a abertura de novas farmácias. No artigo 31.º da referida portaria n.º 352/2012 O governo regulamentou em pormenor os pedidos de transferência para concelhos limítrofes. No artigo 4.º, a mesma Lei define que se aplica a todos os pedidos de transferência de farmácias dentro do mesmo município posteriores à data da sua entrada em vigor, bem como àqueles que, tendo sido apresentados ao INFARMED, não tenham

¹¹⁷ - Por força do artigo 3.º da Lei n.º 26/2011, a alínea j) do artigo 48.º do DL 307/2007 passa a ter a seguinte redação: «j) A abertura da farmácia ao público sem a atribuição do respetivo alvará ou a falta de averbamento em casos de alteração da propriedade ou de transferência da localização, previstas no artigo 25.º, bem como a transferência da localização de farmácia sem a autorização prevista no artigo 26.º;».

sido até essa data alvo de decisão definitiva. Ficando inquestionavelmente ultrapassada a questão do «respeito pelos metros» entre farmácias em transferência, preenchendo-se pela via interpretativa dos conceitos indeterminados (Baptista Machado, 1983: 115-117) de «necessidade de salvaguardar a acessibilidade [...] a sua comodidade, [...] a viabilidade económica da farmácia transferida e a melhoria ou aumento dos serviços farmacêuticos de promoção de saúde e do bem-estar dos utentes».

A segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 307/2007 resultaria do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 171/2012 de 1 de agosto ao acrescentar o artigo 59.º-A especialmente referente ao regime das Farmácias do sector social da economia, cujo regime aplicável é o da 1.ª parte do n.º 4 da base II da Lei n.º 2125, de 20 de março de 1965, com as necessárias adaptações, ou seja, que forneçam medicamentos em condições especiais às pessoas de acordo com os estatutos ou regulamentos dessas entidades. Não são aplicáveis às farmácias privadas as disposições do artigo 14.º e da alínea a) do n.º 2 do artigo 48.º. Especifica no n.º 3 que as entidades do sector social detentoras de farmácias abertas ao público, devem proceder até 31 de dezembro de 2013 às adaptações necessárias ao cumprimento dos requisitos previstos no artigo 14.º.

Por sua vez o Decreto-Lei n.º 171/2012, de 1 de agosto, veio alterar pela segunda vez o artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 307/2007 cuja redação já tinha sido dada pela Lei n.º 26/2011, de 16 de junho, clarificando os concursos para instalação de novas farmácias. Assim, nos termos do artigo 2.º a abertura de novas farmácias depende do preenchimento cumulativo de requisitos: quanto à capitação mínima de 3 500 habitantes por farmácia aberta ao público no município, salvo quando a farmácia é instalada a mais de 2 km da farmácia mais próxima, quanto à distância mínima de 350 m entre farmácias, contados, em linha reta, dos limites exteriores das farmácias.

Além disso, nos termos do artigo 20.º e), o Pedido de transferência deve conter a demonstração do preenchimento dos critérios estabelecidos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, na redação dada pela Lei n.º 26/2011, de 16 de junho, abrindo a possibilidade de o INFARMED poder, fundamentadamente e em função do interesse público da acessibilidade dos cidadãos à dispensa de medicamentos, abrir um concurso para a instalação de novas farmácias em zona delimitada e inferior à área do município. Por outro lado, nos termos do Artigo 27.º o proprietário de farmácia não pode requerer a transferência da localização da farmácia antes de decorrido um período de cinco anos contado a partir da data

da respetiva abertura segundo o previsto na parte final da alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º.

A Lei n.º 16/2013 de 8 de fevereiro procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, alterando os artigos 14.º, 15.º, 17.º e 24.º que regulam a propriedade da farmácia. Nos termos do artigo 14.º, «podem ser proprietárias de farmácias pessoas singulares ou sociedades comerciais. As entidades do sector social da economia podem ser proprietárias de farmácias desde que cumpram as normas regulamentares e o regime fiscal aplicável às pessoas coletivas referidas no n.º 1». Não obstante, o artigo 15.º estabelece um limite à propriedade, à exploração ou à gestão de quatro farmácias, e o artigo 17.º abre reconhece a gestão de negócios ou contrato de mandato na propriedade e exploração da farmácia.

Finalmente, o Decreto-Lei n.º 128/2013 de 5 de setembro introduz a quarta alteração ao regime do Decreto-Lei n.º 307/2007 de 31 de agosto relativamente às matérias dos medicamentos falsificados e da fármaco-vigilância. O artigo 7.º da Lei 16/2013 adita ao Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto o artigo 9.º-A, permitindo a venda *online* de medicamentos ao público.

3. A (NÃO) CONCORRÊNCIA ENTRE FARMÁCIAS E AS BASES DA ECONOMIA SOCIAL

A questão de fundo que subjaz a este comentário, voltando ao acórdão, é a da relevância ou não de existir uma relação concorrencial entre as farmácias de oficina e as farmácias de economia social. Ao incorporar o art. 59.º-A, o Decreto-Lei 307/2007 reconhece expressamente a especificidade do regime das farmácias de economia social. Ora estamos perante o momento em que este reconhecimento pode ser reforçado atentos à entrada em vigor da Lei «Lei de Bases da Economia Social», a Lei n.º 30/2013 de 8 de maio, cujo objeto é «o desenvolvimento do disposto na Constituição quanto ao sector cooperativo e social, as bases gerais do regime jurídico da economia social, bem como as medidas de incentivo à sua atividade em função dos princípios e dos fins que lhe são próprios». A questão da sujeição das entidades da economia social às normas da concorrência representa como diz a Autora Deolinda Meira (Meira (B), 2012: 41) «a omissão da discriminação positiva destas entidades face às empresas do setor privado» e acrescenta «mantém-se no artigo 12.º (que tem por epígrafe «Concorrência») do Projeto de Lei de Bases e que dispõe, sem mais, que as entidades da economia social «estão sujeitas às normas nacionais e comunitárias de concorrência no que respeita ao desenvolvimento das

atividades enquadráveis nos requisitos nelas estabelecidos». Será, conclui, «inquestionável que as atividades das entidades da Economia Social deverão ser exercidas no quadro de uma economia de mercado e de livre concorrência não podendo transformar-se em instrumento de distorção do funcionamento eficiente do mercado» porque, continua «o legislador não pode ignorar o Princípio da proteção previsto na CRP para o setor cooperativo e social [...] dever-se-á consagrar a aplicação de um direito da concorrência que tenha em conta as especificidades do setor e o respeito pelo princípio constitucional acima referido, com o conseqüente aperfeiçoamento do regime previsto no artigo 12.º do Projeto» E finaliza «Sendo assim, a minha proposta é a de que o legislador deva acrescentar ao artigo 12.º que as entidades da economia social estarão sujeitas, no desenvolvimento das respetivas atividades, às normas nacionais e comunitárias da concorrência, «sem prejuízo do princípio da proteção previsto na Constituição da República para o setor cooperativo e social» (Meira-B, 2012: 41).

A nova Lei define no seu artigo 2.º a Economia Social como «o conjunto das atividades económico-sociais livremente levadas a cabo por entidades cuja missão vise o interesse geral da sociedade ou o interesse dos seus membros, utilizadores ou beneficiários, quando socialmente relevante». São abrangidas por esta Lei (artigo 4.º) entidades como as cooperativas, as associações mutualistas, as misericórdias, as fundações, as instituições particulares de solidariedade social não abrangidas pelas categorias anteriormente referidas, as associações com fins altruísticos que desenvolvam a sua atividade no âmbito cultural, recreativo, do desporto e do desenvolvimento local, as entidades abrangidas pelos setores comunitário e autogestionário integrados no setor cooperativo e social, e ainda outras entidades dotadas de personalidade jurídica, que respeitem os princípios orientadores da economia social previstos nesta Lei e que constem da base de dados da economia social. As entidades acima referidas estarão representadas no Conselho Económico e Social e nos demais órgãos com competências no domínio da definição e estratégias e de políticas públicas de desenvolvimento da economia social.

Ora, se por um lado há interesse em desenvolver políticas de incentivo à economia social porque tal é uma componente importante do Produto Interno Bruto tendo em vista reforçar a autossustentabilidade económica e financeira das entidades da economia social, facilitar a criação de novas entidades e apoiar a diversidade de iniciativas próprias deste sector bem como incentivar a investigação, a inovação e a formação no âmbito destas entidades (preâmbulo da Lei 30/2013), por outro lado quer o Tribunal de Contas (Auditoria ao

INFARMED, 2011), quer a Autoridade para a Concorrência (recomendação 1/2006 da Autoridade da Concorrência) têm feito recomendações no sentido de apontar que o setor das farmácias não é verdadeiramente concorrencial porque a regulação administrativa o impede e apesar de a figura da «empresa social», ter sido mencionada no projeto de lei, acabou por não ter consagração legal enquanto entidade integrante da Economia Social, porque seria de todo o interesse que a regulamentação desta lei viesse esclarecer se os princípios orientadores das entidades da Economia Social, como: (a) o primado das pessoas e dos objetivos sociais; (b) a adesão e participação livre e voluntária; (c) o controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros; (d) a conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral; (e) o respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e da não discriminação, (f) da coesão social, da justiça e da equidade, da transparência, da responsabilidade individual e social partilhada e da subsidiariedade; (f) a gestão autónoma e independente das autoridades públicas e de quaisquer outras entidades exteriores à economia social; (g) a afetação dos excedentes à prossecução dos fins das entidades da economia social de acordo com o interesse geral, sem prejuízo do respeito pela especificidade da distribuição dos excedentes, própria da natureza e do substrato de cada entidade da economia social, constitucionalmente consagrada são suficientes para garantir que estas entidades da economia social que podem livremente organizar-se e constituir-se em associações, uniões, federações ou confederações que as representem e defendam os seus interesses (artigo 7.º) não se «desmaterializem» (no sentido da sua descaracterização social e de interesse público) ou melhor não se «materializem» em «empresas que visem o lucro e aproveitem este apoio constitucional para quebrar os níveis de qualidade, segurança e transparência. O fomento da economia social enquanto objetivo de interesse geral dos poderes públicos, no âmbito das suas competências em matéria de políticas de incentivo à economia social deve: [...] Fomentar a criação de mecanismos que permitam reforçar a autossustentabilidade económico-financeira das entidades da economia social, em conformidade com o disposto no artigo 85.º da Constituição da República Portuguesa.

No artigo 12.º, como já se referiu, o legislador deixa uma advertência «às entidades que integram a base de dados prevista no artigo 6.º da presente lei estão sujeitas às normas nacionais e comunitárias dos serviços sociais de interesse geral no âmbito das suas atividades, sem prejuízo do princípio constitucional de proteção do setor cooperativo e social. Ora, não deixa de ter sentido que, no plano comunitário, exista uma prioridade de aplicar as normas subs-

tantivas da concorrência precisamente aos sectores onde o mercado interno não está ainda plenamente realizado, como é o caso (recomendação 1/2006 da Autoridade da Concorrência).

«Tudo é veneno, nada é veneno, depende da dose...». Assim, entre uma Europa competitiva e uma Europa social, qual escolher? (Ordem dos Farmacêuticos, 2013). A solução não é optar por uma ou outra mas encontrar o modo como podem coexistir e sustentar-se mutuamente estes dois sistemas.

O farmacêutico como profissional independente e sujeito ao código de deontologia e ética profissional é capaz de garantir a dispensa de medicamentos e de serviços livre de interesses puramente comerciais, pelo que a livre concorrência deve ser entendida relativamente à qualidade dos serviços prestados e não em relação ao preço do medicamento.

Por outro lado, desde maio de 2004, com a entrada em vigor do Regulamento da Comissão Europeia n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, as Autoridades Nacionais de Concorrência e os Tribunais Nacionais passaram a ter responsabilidades reforçadas na aplicação das normas de concorrência constantes do Tratado CE às profissões liberais (Freire, 2013: 522, 547).

Finalmente, adianta-se a importância do volume de negócios das atividades retalhistas e distribuidoras das farmácias e a despesa pública do Estado português com medicamentos ascende a 1,9% do PIB, uma das mais elevadas da Europa. Em Portugal, o gasto com medicamentos representa 2,2% do PIB e 413 € (PPC) *per capita*, anuais, situando-se acima da média Europeia, com 1,7% do PIB e 376 € *per capita* (OCDE, 2010). Os encargos do SNS com medicamentos representam 18,5% do orçamento do Sistema Nacional de Saúde (SNS) e 0,95% do PIB (Infarmed, 2010).

O sector farmacêutico tem sido alvo de várias medidas com o objetivo de controlar a despesa com o medicamento e o valor da participação do Estado na despesa total em saúde porque é reconhecidamente exagerada. O mercado do medicamento é específico pelo que não segue o modelo económico de um mercado em concorrência perfeita. Neste âmbito, é de salientar que, do lado da oferta, se verificam distorções na proteção de patente porque existe regulação da entrada no mercado, e uma documentada estratégia de fidelização de clientes. Do lado da procura, destaca-se a prescrição por médico (o consumidor não decide o que quer comprar) a dispensa por farmacêutico

e a ausência de pagamento do valor total do medicamento (Mossialos *et al.*, 2004).

Estas diferenças em relação aos pressupostos de um mercado de concorrência perfeita, conjuntamente com o consenso global de que o medicamento pode ser considerado como um bem complementar de outros serviços de saúde, com fortes implicações na saúde pública, justificam a regulação do Estado desde o desenvolvimento do medicamento, à sua produção e à sua distribuição (Queirós, 2013).

É ainda de destacar que nos países de referência para formação de preços em Portugal (Espanha, França, Grécia e Itália), a propriedade das farmácias é reservada a farmacêuticos e existem critérios geográficos e demográficos para a instalação de novas farmácias (Autoridade da Concorrência, 2013). A instalação de farmácia está condicionada à abertura de concurso, definida de acordo com as necessidades identificadas para uma determinada região, com base na capitação. Atualmente, a lei estabelece uma capitação de 3 500 habitantes por farmácia.

De acordo com Volkerimk *et al.* (2007), as barreiras à entrada no mercado de farmácias podem ser de índole regulatória (regulação da propriedade, instalação, etc.) ou económica. O acórdão do Tribunal de Justiça Europeu sobre o «caso Astúrias» considerou em 2010 que as restrições à liberdade de estabelecimento são compatíveis com o direito Europeu e justificáveis para assegurar um fornecimento seguro e de qualidade de medicamentos à população (Ordem dos Farmacêuticos, 2013). O caso remonta a 2002, altura em que a Comunidade Autónoma das Astúrias (Espanha) decidiu abrir um concurso para a emissão de autorização de instalação de farmácias. Essa decisão tinha por base o decreto das Astúrias que limita o número de farmácias em função da população dessa zona. Além disso, o sistema proíbe a abertura de uma farmácia a menos de 250 metros de outra farmácia. Por último, o decreto fixa também os critérios que permitem fazer uma opção entre farmacêuticos concorrentes, mediante a atribuição de pontos em função da experiência profissional e universitária dos candidatos. Dois dos candidatos farmacêuticos que pretendiam abrir uma nova farmácia nas Astúrias, decidiram impugnar judicialmente o concurso aberto pelas Astúrias e o referido decreto, uma vez que não se pretendiam sujeitar ao regime de planificação territorial decorrente do decreto asturiano. O Tribunal Superior de Justiça das Astúrias foi chamado a pronunciar-se sobre os litígios e, por ter dúvidas quanto à compatibilidade do decreto asturiano com a liberdade de estabelecimento consagrada no tratado, dirigiu-se ao Tribunal de Justiça Europeu. A decisão do Tribunal de Jus-

tiça Europeu indica que os limites demográficos e geográficos definidos pela legislação das Astúrias para a abertura de farmácias constituem uma restrição à liberdade de estabelecimento, contudo os mesmos são compatíveis com a lei europeia (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos apensos C-570/07 e C-571/07)¹¹⁸ em razão das necessidades de cuidados e medicamentos com qualidade e do bem estar da população.

BIBLIOGRAFIA

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA: recomendação 1/2006 (em www.concorrenca.pt, consultada em setembro de 2013)

BAPTISTA MACHADO, J. (1983): *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina (editora), Coimbra

FREIRE, P.V. (2013): «Direito Administrativo da Concorrência», *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Otero, P. e Gonçalo, P. (Coord.), Vol. I, Almedina (Editora), Coimbra, 526-547

INFARMED (2010): «Estatística do medicamento 2009», publicação anual do Infarmed (disponível em www.infarmed.pt, consultada em setembro de 2013)

ORDEM DOS FARMACÊUTICOS: em www.ordemdosfarmaceuticos.pt

QUEIRÓS, S.: *Aspectos económicos do sector das farmácias: Uma análise da evolução dos últimos 5 anos* (em repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/18837/1/tese_soniaqueiros.pdf, consultado a 30 julho de 2013)

MEIRA (a), D. A. (2012): «A economia social e o mercado: o caso das farmácias sociais. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2012, de 13 de dezembro de 2011», *Cooperativismo e Economia Social*, n.º 34, Curso 2011/2012, Universidade de Vigo, 243-254

MEIRA (b), D. A. (2012): «O Projeto de Lei n.º 68/XII relativo à Lei de Bases da Economia Social portuguesa», *Seara Nova*, Lisboa, n.º 1720, 36-42

¹¹⁸ - Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos apensos C-570/07 e C-571/07, cujas partes são José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez / Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, Principado de Asturias, em www.curia.europa.eu, consultado em setembro de 2013.

MOSSIALOS, E.; MRAZEK, M. e WALLEY, T. (2004): «Regulating Pharmaceuticals in Europe, striving for efficiency, equity and quality», *European Observatory of Health Systems*

PAVIA, M. B. e CORREIA, A. (2007): *A Nova Lei da Titularidade das Farmácias* (disponível em www.uria.com/documentos/.../articuloUM.pdf?id, consultado em setembro de 2013)

PHILIPSEN, N. J.: «Regulation of Pharmacists: A Comparative Law and Economics Analysis», *The European Journal of Comparative Economics*, Vol. 10, No. 2, pp. 225-241, em <http://eaces.liuc.it>, consultado em setembro de 2013

TRIBUNAL DE CONTAS: Auditoria ao INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P. e ao funcionamento do mercado do Medicamento, Processo n.º 41/2010 – Relatório de Auditoria n.º 20/2011, Volume I em www.tribunaldecontas.pt, consultado em setembro de 2013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU (2010): Acórdão C-570/07 e C-571/07, contra o Governo das Astúrias (Espanha), Grande Secção

VOLKERINK B. *et al.* (2007): *Study of Regulatory Restrictions in the Field of Pharmacies, study for the European Commission*, Rotterdam: ECORYS Nederland B.V. in co-operation with Metro, Maastricht University, em http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/pharmacy/report_en.pdf