

João Alves

PROCURADOR-ADJUNTO

DOCENTE DO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

**Venda de medicamentos
fora das farmácias
e defesa dos consumidores**



verbojuridico®

2005

VENDA DE MEDICAMENTOS FORA DAS FARMÁCIAS E DEFESA DOS CONSUMIDORES

No dia 10 de Novembro de 2005 foram vários os meios de comunicação social que reproduziram a notícia inicialmente avançada pelo Diário Económico no sentido da existência de problemas no processo de liberalização da venda de fármacos.

A título de exemplo:

- “Farmácias boicotam distribuição de medicamentos nos supermercados” (Jornal Público online, edição de 10/11/05).
- “Farmácias pressionam distribuidores a não fornecer hipers” (Diário Digital, edição de 10/11/05).
- “Associação de hipermercados confirma anomalias no fornecimento de medicamentos” (Agência Financeira.iol.pt, edição de 10/11/05).
- “Grossistas pressionados para recusar hipermercados – Farmácias contra venda livre” (Expresso online, edição de 10/11/05).

Conforme também é referido nas notícias, a Autoridade da Concorrência estará a acompanhar a situação e, acrescento, decerto o INFARMED, ambos no exercício dos seus poderes sancionatórios e de supervisão.

O INFARMED, prosseguindo as suas atribuições nos domínios da “... disciplina, inspecção e controlo da produção, distribuição, comercialização e utilização de medicamentos ...” (art- 6º do DL 495/99 de 18/11).

A Autoridade da Concorrência no âmbito das suas atribuições de “... assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores ...” (art- 1º nº 2 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, anexos ao DL 10/03 de 18/1).

Não é intenção deste trabalho analisar os seus regimes de actuação que a nível sancionatório operam, sobretudo, com o regime das contra-ordenações.

O objectivo deste apontamento consiste na abertura de uma linha de análise do problema no foro cível, mais concretamente, em sede de defesa dos consumidores, enquadrando eventuais factos no âmbito da acção inibitória prevista na Lei de defesa do consumidor (art- 10º da Lei 24/96 de 31/7), com a seguinte redacção:

Artigo 10º

Direito à prevenção e acção inibitória

1 - É assegurado o direito de acção inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente:

- a) Atentem contra a sua saúde e segurança física;
- b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas;
- c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.

2 - A sentença proferida em acção inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.

A visão clássica do processo civil baseia-se no pressuposto de que só os direitos e interesses individuais são objecto de tutela jurisdicional.

Em complemento às acções clássicas, surgiram como forma jurisdicional de tutela dos interesses difusos as acções colectivas, justificando-se esta tutela por motivos de economia de meios, tempo, bem como pela possibilidade de obter uma decisão uniforme para todos os interessados.¹

O tipo e características específicas destes interesses tornam o recurso ao tribunal judicial pouco aliciante e satisfatório na sua protecção:

- A existência do lado passivo de entidades públicas e privadas dotadas de poderosos meios técnicos e financeiros.
- O formalismo processual.
- O reduzido valor dos litígios.
- O atraso na justiça, desconfiança, receio de comparecer em tribunal.
- As dificuldades económicas, custos elevados, dispêndio de tempo e custos de constituição de advogado.

O direito português regula dois tipos de acções colectivas, a acção inibitória (originalmente no domínio das cláusulas contratuais gerais e posteriormente admitida em termos gerais no art- 10º da LDC) e a acção popular (prevista na Lei 83/85 de 31/8).

A acção inibitória, de acordo com o critério dos interesses protegidos é uma acção colectiva em que é concedido a um grupo um direito de acção próprio.

De acordo com o critério do fim consagrado no art- 4º do CPC é uma acção declarativa de condenação (já que pressupõe a violação de um direito) em prestação de facto negativo (abstenção) ou de facto positivo (correção, cessação) de práticas lesivas dos direitos dos consumidores.

A Directiva 98/27/CE de 19 Maio de 1998 (transposta pela Lei 25/04 de 8/6), dá-nos uma definição de acordo com o fim “visa a cessação de todo e qualquer acto que prejudique os interesses do consumidor e que constitua uma infracção nos termos da lei” (art- 1º).

O objectivo destas acções será (art- 3º):

- Cessar ou proibir, se necessário através de processo expedito todo o acto ou infracção contrário ao disposto nas directivas enumeradas no art- 2º.
- Adoptar as medidas necessárias, como a publicação da decisão, para eliminar os efeitos da infracção.
- Condenar a parte vencida no pagamento de um montante fixo, em caso de não cumprimento da decisão no prazo fixado.

Prevenirⁱⁱ implica actuar com antecipação, agir com o intuito de impedir algo danoso, prejudicial. Trata-se da consagração de uma tutela cautelar, mas que não se confunde nem está sujeita aos requisitos das providências cautelares não especificadas (art-381 CPC). Trata-se de casos de ameaça de direitos, visando factos futuros, neste caso, o pedido de abstenção de certa prática lesiva dos direitos dos consumidores terá que ocorrer antes de existirem violações desses direitos dos consumidores.

Uma vez que a acção inibitória contém em si própria um fim antecipatório (quando visa prevenir), será admissível a instauração de procedimento cautelar preparatório da sua instauração? Apesar do seu carácter antecipatório quando visa prevenir, pode também ter por objectivo corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores.ⁱⁱⁱ

Corrigir^{iv} significa emendar, rectificar, alterar uma situação indesejável tornando-a agradável ou conveniente. Os actos de consumo são na maioria das vezes complexos, inclusive combinando várias espécies contratuais, sendo possível circunscrever a nulidade a uma parte do seu conteúdo, ficando a valer a parte restante.

Importa clarificar que o objecto de tutela da acção inibitória não é o consumidor individual, mas antes o tráfico jurídico em si próprio, que se pretende ver expurgado de práticas comerciais tidas como iníquas.

Corresponde à própria essência do direito do consumo que os direitos tutelados ou protegidos sejam de natureza colectiva^v, sendo que, uma única conduta danosa (uma simples cláusula abusiva, um aditivo perigoso) pode afectar um elevado número de consumidores.

Cessar^{vi} significa parar de fazer, não dar continuação a algo.

O que entender por “*práticas lesivas*”? Por prática^{vii}, deve entender-se realizar, fazer, costume, rotina, a maneira de proceder, no caso, práticas comerciais^{viii}, e lesivas porque prejudiciais ou danosas aos direitos dos consumidores, na expressão do art- 2º nº 2 da Lei 25/04 “...prática lesiva inclui qualquer prática contrária aos direitos dos consumidores...”.

Será sinónimo de contratos lesivos? É verdade que a esmagadora maioria das relações jurídicas de consumo se constituem por via contratual, nomeadamente por contratos de compra e venda, mas não a esgotam – é o caso dos negócios jurídicos unilaterais (brindes promocionais, concursos publicitários).

Concluindo, estas práticas comerciais serão actos praticados por um profissional, voluntários ou involuntários, relacionados com a promoção, venda de bens ou serviços ou transmissão de quaisquer direitos a consumidores, que sejam prejudiciais ou danosos aos direitos dos consumidores.

O legislador consagrou os direitos do consumidor consignados na Lei 24/96 como o padrão normativo que permite, em caso de violação, intentar acção inibitória, trata-se de uma forma de legislar que combina o uso de uma cláusula geral (direitos dos consumidores) com a certeza e segurança dadas por previsões de carácter mais concreto.

Esta acção inibitória terá o seu fundamento normativo na violação de direitos dos consumidores e como objectivo prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos dos consumidores, limitando-se o legislador a enumerar nas alíneas a) b) e c) a título meramente exemplificativo^{ix}, práticas violadoras desses direitos e, como tal, justificadoras da propositura da acção inibitória.

O legislador utiliza o termo “nomeadamente”, advérbio que significa sobretudo, principalmente^x, encontrando-se na Constituição uma formulação semelhante no art- 52º nº 3 respeitante ao direito de petição e direito de acção popular.

Em acção intentada pela ACOP contra a Portugal Telecom o STJ teve oportunidade de se pronunciar sobre o seu âmbito de aplicação, concluindo que a norma tem carácter meramente exemplificativo^{xi}, aderindo à posição defendida por Gomes Canotilho e Vital Moreira.^{xii}

Embora a técnica legislativa usada contenha na sua génese algum potencial de incerteza applicativa, seria manifestamente prejudicial para os consumidores a estipulação de *numerus clausus* relativamente às práticas violadoras desses direitos. A multiplicidade de violações possíveis levaria a que a listagem nunca fosse completa, possivelmente circunscrita aos casos mais frequentes e facilmente ultrapassável pelo habitual engenho

existente na actividade comercial e constantes novas técnicas de produção e comercialização de bens e serviços.

Conforme consta do preâmbulo do DL 134/05 de 16/8, “O Governo considera que alguns medicamentos ... podem ser comercializados fora das farmácias, dados os benefícios proporcionados aos consumidores por esse alargamento, quer em termos de acessibilidade facultada pelo aumento do número de pontos de venda quer em termos de preço” (sublinhado nosso).

Em virtude da referência do DL 134/05 aos consumidores sem que os defina, importa recorrer ao conceito constante da Lei de defesa do consumidor (Lei 24/96 de 3/7). Assim, consumidor^{xiii} será todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios (art- 2º nº 1 da Lei 24/96 de 31/7).

Está afastada qualquer interpretação lata que inclua comerciantes em situação jurídica diversa da que corresponde à sua situação profissional, sendo esta definição importante para definir o âmbito do art- 60º da Constituição e outros diplomas legais que se referem ao consumidor sem o definirem.

O “profissional” será uma pessoa singular ou colectiva, com exclusão dos profissionais liberais e pessoas singulares que exerçam actividade económica com carácter não profissional.

“Carácter profissional” implica a prática regular, estável de certa actividade (pode ser sazonal) como modo de vida.

“Obtenção de benefícios” significa obtenção de lucro, ganhar dinheiro, análise global e não acto a acto já que podem ocorrer vendas com prejuízos para conquistar novos clientes e mais tarde obter lucros.

Este conceito encontra-se estabilizado na doutrina e jurisprudência, vide o Acórdão do STJ de 11/3/2003 – “Não é consumidor sendo-lhe assim inaplicável a lei de defesa do consumidor (Lei 24/96) aquele que obtém ou utiliza bens e serviços para satisfação das necessidades da sua profissão ou da sua empresa”.^{xiv}

De acordo com os objectivos consignados no DL 134/05 de 16/8 e o elenco dos direitos dos consumidores, a situação actual colocará eventualmente em causa os direitos dos consumidores à saúde e à protecção dos seus interesses económicos.

O direito à saúde (art- 5º da Lei 24/96) porque a “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade” – Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde

(OMS/WHO), sendo imprescindível para esse bem-estar físico e mental a disponibilidade/acessibilidade do medicamento, entendendo-se como tal toda a substância ou composição que possua propriedades curativas ou preventivas das doenças e dos seus sintomas, do homem ou do animal, com vista a estabelecer um diagnóstico médico ou a restaurar, corrigir ou modificar as suas funções (definição do art- 2º nº 1 al. a) do DL 72/91 de 8/2), sendo irrelevante que esse medicamento se destine a curar uma simples dor de cabeça ou uma doença grave.

O direito à protecção dos interesses económicos (art- 9º da Lei 24/96) materializa-se num sem número de preceitos relativos às relações jurídicas de consumo, pretendendo-se evitar prejuízos materiais efectivos ou meramente potenciais dos consumidores. No presente caso resultarão da dificuldade/impedimento no acesso a medicamentos 5% a 10% mais baratos^{xv} que nas farmácias.

Efectuado o enquadramento teórico da acção inibitória prevista no art- 10º da Lei 24/96 de 31/7, vejamos agora como na prática poderia ser construída a acção:

Os factos em causa não são notórios, apenas chegam à imprensa generalidades e não factos concretos (Ex: quais são as farmácias a impor retaliações^{xvi}? Quais os laboratórios a negar/atrasar a venda de medicamentos? Quais os distribuidores a negar/atrasar a venda de medicamentos fora das farmácias?).

A indagação de factos deste tipo implica a realização de diligências de investigação por parte de quem tenha poderes para o efeito (o Ministério Público no âmbito da defesa dos consumidores não possui poderes de investigação ou cominatórios) mas, por exemplo, a Autoridade da Concorrência pode proceder a inquirições, buscas, exames, apreensões (art- 17º nº 1 da Lei 18/03 de 11/6).

A serem apurados tais factos, a Autoridade da Concorrência actuará no âmbito da sua competência e deverá remeter certidão ao Ministério Público para eventual actuação processual no âmbito da defesa dos consumidores, o que resulta da sua missão também implicar (reflexamente) a protecção dos consumidores (art- 1º nº 2 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência – DL 10/03 de 18/1).

A legitimidade do Ministério Público para intentar a acção resulta do art- 13º nº 1 al. c) da Lei 24/96.

Do lado passivo, como réus na acção estarão as pessoas singulares ou colectivas que atrasem injustificadamente, neguem ou impeçam o fornecimento de medicamentos aos estabelecimentos licenciados para os vender fora das farmácias.

O tribunal competente é o tribunal comum resultante da aplicação das regras dos art- 85º, 86º e 87º do CPC.

A acção inibitória está isenta de custas para o autor (art- 11º nº 1 da Lei 24/96 e art- 2º nº 1 al. a) do CCJ).^{xvii}

A causa de pedir consiste no facto jurídico concreto simples ou complexo invocado pelo autor como fundamento da sua pretensão^{xviii}, tratando-se, no caso, de uma acção de condenação, a causa de pedir integrará os factos ilícitos (práticas lesivas dos direitos do consumidor) em que o autor baseia a pretensão deduzida na petição inicial.

Exemplificando:

Ao laboratório XPTO Lda que produz os medicamentos A, B, C, foi efectuada proposta de compra desses medicamentos em 5/11/05 pela sociedade WWW Lda, sem que recebesse até à data qualquer resposta,

*

Apesar das insistências via fax em 7/11/05 e 9/11/05 (Doc. 2 e 3),

*

No entanto, no mesmo período, o laboratório vendeu esses medicamentos ao distribuidor BX Lda e às farmácias Y, J e W (Doc. 4, 5, 6 e 7).

*

Ao revendedor WWT Lda que distribui os medicamentos C, D, E, foi proposto a compra desses medicamentos pelo hipermercado Y Lda em 5/11/05, a qual foi recusada em 11/11/05 com o fundamento no receio de retaliações comerciais (Doc. 8),

*

As condutas acima descritas prejudicam a saúde dos consumidores em virtude de impedirem e dificultarem o acesso a medicamentos, bem como prejudicam os seus interesses económicos por implicarem a aquisição dos mesmos em farmácias a preços superiores aos praticados pelos estabelecimentos ora licenciados.

No que respeita ao pedido, o efeito jurídico que o autor pretende obter com a acção consistirá na cessação das descritas práticas lesivas dos direitos dos consumidores, cumulado com o pedido de aplicação de sanção pecuniária compulsória.

Fundamentação de direito: Lei de defesa do consumidor, Constituição e legislação respeitante ao medicamento. Não se fundamenta a acção em violações das normas de concorrência desleal porque estas visam apenas proteger os concorrentes e apenas indirectamente (e nem sempre) os consumidores, as leis de defesa da concorrência não têm regras especiais aplicáveis ao consumo.^{xix}

Aliás, o art- 10º da Lei 24/96 é claro ao mencionar que a acção inibitória se destina a “...prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei ...” (sublinhado nosso).

Este apontamento é apenas mais um contributo para a discussão de um problema persistente e complexo devido aos interesses divergentes em causa e ao poderio económico e de mercado de uma das partes.

Não sou defensor da liberalização de instalação de farmácias por entender que conduziria à criação a curto prazo de um novo monopólio.

A acessibilidade/disponibilidade e redução das margens de comercialização dos medicamentos, com a conseqüente diminuição dos preços ao consumidor podem ser obtidas sem a liberalização, através do aumento da concorrência. As Misericórdias, Associações Mutualistas, Serviços Sociais, Instituições Particulares de Solidariedade Social desempenham um importante papel complementar da acção do Estado na prestação de cuidados de saúde aos portugueses, importando aumentar essa contribuição daquele que já é designado o terceiro sector^{xx} da economia.

Tal objectivo pode ser atingido a curto prazo, sem custos para o orçamento de Estado através da abertura de concursos para novos alvarás de farmácias a Misericórdias, Associações Mutualistas, Serviços Sociais, Instituições Particulares de Solidariedade Social etc. (obviamente com condições, por exemplo, a intransmissibilidade do alvará, redução de margens de comercialização, horários, etc).

Conclusões:

- 1- O impedimento, atraso injustificável, recusa de venda de medicamentos a estabelecimentos licenciados para venda fora das farmácias constitui violação dos direitos dos consumidores à saúde e à protecção dos seus interesses económicos.
- 2- O meio processual concreto a utilizar para defesa dos consumidores é a acção (ou providência cautelar) inibitória prevista no art- 10º da Lei 24/96 de 31/7.
- 3- O Ministério Público tem legitimidade para intentar a acção (art-13º nº 1 al. c) da Lei 24/96.
- 4- Para o efeito, o Infarmed, a Autoridade da Concorrência ou outras entidades devem remeter os elementos de prova ao Ministério Público.
- 5- A acessibilidade/disponibilidade e redução de preço de medicamentos, sujeitos ou não a receita médica podem ser obtidas através do aumento da concorrência. Tal objectivo pode ser alcançado, quase de imediato, sem a liberalização da instalação de farmácias, através da abertura de concursos para novos alvarás de farmácias a Misericórdias, Associações Mutualistas, Serviços Sociais, Instituições Particulares de Solidariedade Social etc.

NOTAS

-
- ⁱ Sousa, Miguel Teixeira de, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lex, 2003, pág. 70
- ⁱⁱ Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, pág. 2956.
- ⁱⁱⁱ Também no sentido de ser admissível a existência de medidas cautelares prévias à interposição de acção inibitória, Gomes, Carla Amado, *Os Novos Trabalhos do Estado: A Administração Pública e a Defesa do Consumidor*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000, pág. 645.
- ^{iv} Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, pág. 993.
- ^v Liz, Jorge Pegado, *Conflitos de Consumo, Uma Perspectiva Comunitária de Defesa dos Consumidores*, 1998, pág. 85.
- ^{vi} Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, pág. 773, 774.
- ^{vii} Costa, J. Almeida e Melo, A. Sampaio, *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto Editora, 5ª Edição, pág. 1136.
- ^{viii} A proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 18/6/03, relativa às práticas comerciais desleais das empresa face aos consumidores no mercado interno, acessível em www.europa.eu.int/eur-lex/pt, no seu art- 2º al. e) define «práticas comerciais» como “*Qualquer acção, omissão, conduta ou afirmação, as comunicações comerciais, incluindo a publicidade, e a comercialização, por parte de um profissional, em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores*”
- ^{ix} “*Anote-se, desde logo, o carácter meramente exemplificativo dos casos de aplicação desta acção ...*”, Liz, Jorge Pegado, *Introdução ao Direito e à Política do Consumo*, Notícias Editorial, 1999, pág. 257.
- ^x Dicionário da Língua Portuguesa, Costa, J. Almeida e Melo, A. Sampaio, 5ª ed., Porto Editora, pág. 1002.
- ^{xi} Cfr BMJ 469-432.
- ^{xii} “*A acção popular não tem de limitar-se aos casos individualizados no nº 3 (defesa da saúde pública, defesa do ambiente, defesa do património cultural)...*” “*A norma tem carácter meramente exemplificativo, como decorre do seu próprio enunciado textual*”, Canotilho, Gomes e Moreira, *Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, pág. 281 a 283.
- ^{xiii} “*... todo aquele que adquira bens ou serviços destinados a uso não profissional será uma pessoa humana ou pessoa singular; com exclusão das pessoas jurídicas ou pessoas colectivas, as quais adquirem bens ou serviços no âmbito da sua actividade, segundo o principio da especialidade de escopo...*” (cfr Silva, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, Almedina 2003, pág. 44).
- ^{xiv} CJ, STJ, 2003, I, pág. 122.
- ^{xv} Cfr quanto aos Hipermercados Continente - Agência Financeira.iol.pt, edição de 26/10/05.
- ^{xvi} A concorrência pode ter como objectivo primordial a disputa de fornecedores, distribuidores, vendedores, já que, permitem um melhor apetrechamento da empresa para a conquista de posições vantajosas – Paúl, Jorge Patrício, *Concorrência Desleal e Direito do Consumidor*, ROA, vol. I, Junho 2005, pág. 92.
- ^{xvii} Cfr A isenção de custas nas acções inibitórias, Alves, João, www.verbojuridico.net.
- ^{xviii} Acerca da delimitação do conceito de causa de pedir, vide, Serra, Vaz, RLJ, nº 105, pág. 233.
- ^{xix} Almeida, Carlos Ferreira, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, pág.55.
- ^{xx} Cfr o estudo da Universidade Católica e do Centre for Civil Society Studies da Universidade John Hopkins sobre o Sector Não Lucrativo mencionado no jornal Expresso, caderno Economia, edição de 12/11/2005.