e-pública
Revista Eletrónica de Direito Público

O dever de dispensa de medicamentos pelas farmácias comunitárias: à guisa de comentário a uma sentença do Tribunal de Comarca dos Açores

The duty to dispense medicines by community pharmacies: by way of a commentary of a decision stated by the Judicial District of Azores

PAULO JORGE GOMES

VOL. 3 Nº 3 DEZEMBRO 2016

WWW.E-PUBLICA.PT

ICJP INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
FACULDADE DE DIREITO Universidade de Lisboa
CIDP CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

ISSN 2183-184x

e-Pública **Vol. 3** No. 3, Dezembro 2016 (222-246)

O DEVER DE DISPENSA DE MEDICAMENTOS PELAS FARMÁCIAS COMUNITÁRIAS: À GUISA DE COMENTÁRIO A UMA SENTENÇA DO TRIBUNAL DE COMARCA DOS AÇORES

THE DUTY TO DISPENSE MEDICINES BY COMMUNITY PHARMACIES: BY WAY OF A COMMENTARY OF A DECISION STATED BY THE JUDICIAL DISTRICT OF AZORES

PAULO JORGE GOMES[1]
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
paulusgiorgios@gmail.com

Resumo: O Tribunal da Comarca dos Açores – Instância Local de Santa Cruz da Graciosa, através de sentença de 1 de Março de 2016, procedeu a uma interpretação e aplicação do dever de dispensa de medicamentos que, na nossa opinião, pode colocar em risco o direito fundamental à protecção da saúde, tal como consagrado no artigo 64.º, n.º 1 da Constituição. Neste sentido, considerámos oportuno efectuar um estudo analítico do dever de dispensa de medicamentos, em jeito de comentário à referida sentença.

Abstract: *The Local Instance of Santa Cruz da Graciosa – Judicial District of Azores, trough a decision of 1st of March 2016, held an interpretation and applied the duty to dispense medicines imposed to the community pharmacies that, in our opinion, could jeopardize the fundamental right of protection of health, stated at article 64.th, n.º 1 of the Portuguese Constitution. We considered appropriate to carry out an analytical study of the duty to dispense medicines by the community pharmacies, commenting the above mentioned judicial decision.*

Palavras-chave: direito fundamental à protecção da saúde; dever de dispensa de medicamentos; farmácia comunitária; interpretação e aplicação.

Keywords: fundamental right of protection of health; duty to dispense medicines; community pharmacies; interpretation and application.

Sumário: 1. Introdução; 2. Pressupostos metodológicos; 3. Enquadramento legal; 4. O princípio do dever de dispensa de medicamentos; 5. O dever de dispensa enquanto corolário do direito fundamental à proteção da saúde; 6. A atividade farmacêutica e o dever de dispensa de medicamentos; 7. A interpretação do Tribunal de Comarca dos Açores sobre o dever de dispensa de medicamentos; 8. A reposição de medicamentos esgotados; 9. Conclusões.

---

1. Licenciado e Mestre em Direito (pré-Bolonha) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Inspector Regional da Saúde – Inspecção Regional da Saúde da Região Autónoma dos Açores (2011-2016). Correio eletrónico: paulusgiorgios@gmail.com. O autor segue a ortografia prévia ao Acordo Ortográfico de 1990.

1. Introdução

I. Por sentença de 01 de Março de 2016, a Instância Local de Santa Cruz da Graciosa do Tribunal de Comarca dos Açores [2] absolveu os arguidos, o proprietário e o director técnico e gestor de facto [3] de uma farmácia, da prática de ilícito contra-ordenacional relativo à violação do dever de dispensa de medicamentos. A alínea *a*) do artigo 50.º do Regime Jurídico das Farmácias Oficina da Região Autónoma dos Açores (doravante apenas RJFORAA) [4] sancionava o incumprimento do dever de dispensa de medicamentos com coima entre 5 000€ e 20 000€. O n.º 1 do artigo 6.º do RJFORAA, sob a epígrafe «dever de dispensa», determinava que *"as farmácias têm o dever de dispensar medicamentos nas condições legalmente previstas"*.

II. A questão de facto principal – entre outras que não relevam para o presente estudo – incidia na falta de aprovisionamento e a consequente não dispensa de medicamentos da farmácia oficina [5]. O caso assumia particulares contornos, por se tratar da única farmácia comunitária existente nessa ilha da Região Autónoma dos Açores, impedindo assim o acesso aos medicamentos pela população deles carenciada [6]. O não aprovisionamento de medicamentos devia-se sobretudo ao elevado endividamento do proprietário da farmácia aos respectivos fornecedores de medicamentos, o que impedia o acesso a vendas a crédito, o depósito e a consequente dispensa de medicamentos em tempo útil.

III. À data da sentença, a redacção do artigo 6.º do RJFORAA correspondia à versão inicial do preceito homónimo do Regime Jurídico das Farmácias Oficina (doravante RJFO) [7], promovida pelo Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de Agosto.

---

2. Proc. 2611/15.0T9PDL, de 01 de Março de 2016. Doravante identificaremos o aresto apenas com a referência ao Tribunal de Comarca dos Açores.

3. Quanto à temática do gestor de facto, cfr. João Miguel Santos Cabral, O administrador de facto, *Revista do CEJ*, n.º 10, 2.º semestre, 2008.

4. Decreto Legislativo Regional n.º 6/2011/A, de 10 de Março, após profunda alteração promovida pelo Decreto Legislativo Regional n.º 29/2012/A, de 26 de Junho.

5. A expressão «farmácia oficina», utilizada pelo legislador nacional e regional, mostra-se algo anacrónica, por remeter para um tempo e espaço em que era usual a composição ou manipulação de medicamentos. Entenda-se por «composição» ou «manipulação» a preparação de um produto farmacêutico para uso imediato e específico do cliente, que pode envolver a modificação do produto comercial (*v.g.* alteração da forma de medicação de comprimidos para suspensão) ou a preparação de medicamentos a partir de fórmulas magistrais. Muito embora a composição de medicamentos ainda seja possível, o desenvolvimento da indústria farmacêutica, sobretudo a partir do segundo quartel do séc. XX, e bem assim a alteração da relação médico-farmacêutico, levaram a que a função oficinal do farmacêutico passasse para um plano residual. Actualmente, na literatura especializada, é usual recorrer à expressão historicamente menos comprometida «farmácia comunitária», cfr. Jennifer Anne Giam/Andrew J. Mclachlan/Ines Krass, Community pharmacy compounding impact on professional status, *International Journal of Clinical Pharmacy*, 33, 2011, pp. 177-182. Doravante, utilizaremos as expressões farmácia comunitária e farmácia oficina em sinonímia.

6. A ilha em questão tinha cerca de 4 900 habitantes, numa área aproximada com 60,66km^2, e um índice de envelhecimento da população de 144,8 – cfr. Serviço Regional de Estatística dos Açores, *Os Açores em Números*, 2009, p. 13-14.

7. Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de Agosto, na redacção da Lei n.º 26/2011, de 16 de Junho.

Sob a epígrafe «dever de dispensa de medicamentos», agora na versão do Decreto-Lei n.º 128/2013, de 5 de Setembro, – com uma sintaxe desnecessariamente intrincada, conforme demonstraremos adiante – a redacção das alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 6.º do RJFO determinava que a farmácia não podia recusar a dispensa de medicamentos não sujeitos a receita médica, durante o período de funcionamento; nem podia recusar a dispensa dos medicamentos prescritos em receita médica válida. Foi neste preceito do RJFO, e não no do RJFORAA, que o Tribunal de Comarca dos Açores sustentou a sua fundamentação, pelo que será também nesse enunciado que concentraremos a nossa atenção. Para melhor compreensão, transcreve-se o preceito:

> ***Artigo 6.º***
> ***Dever de dispensa de medicamentos***
> *1 — Excepto nos casos admitidos pelo estatuto da Ordem dos Farmacêuticos, as farmácias não podem recusar a dispensa de medicamento:*
> *a) Não sujeito a receita médica, que lhe seja solicitado durante o período de funcionamento diário, sem prejuízo das exigências especificas dos medicamentos não sujeitos a receita médica que dependam de dispensa exclusiva em farmácia;*
> *b) Prescrito em receita válida que lhes seja apresentada durante o horário de funcionamento.*
> *2— Salvo casos de força maior, devidamente justificados, os medicamentos sujeitos a receita médica só podem ser dispensados ao utente nela indicado ou a quem o represente.*
>
> *3 — Na dispensa de medicamentos sujeitos a receita médica, as farmácias devem respeitar a prescrição médica, de acordo com a legislação em vigor.*

IV. Sustentado na regra acima transcrita, o Tribunal de Comarca dos Açores concluiu que o dever de dispensa consiste [*sic*] *"…na insusceptibilidade de o farmacêutico ou funcionário de farmácia recusar, sem mais, a venda de medicamentos quando solicitados pelo utente. Ou seja e em síntese, não pode o farmacêutico, de todo, recusar a venda de medicamento, senão nas condições legalmente previstas, quais sejam os medicamentos não sujeitos a receita médica solicitados em período de funcionamento não diário, ou sujeitos a receita médica, quando solicitados por utente que não conste na mesma ou não o represente (…), situações em que, aí sim, poderá o farmacêutico recusar a venda do medicamento"*.

V. Daqui concluiu o Tribunal que [*sic*]*"…o caso dos autos não nos revela, de todo, que os recorrentes tenham, sem mais, recusado a venda de qualquer medicamento, mas sim que tal venda ficou impossibilitada em razão do mesmo se encontrar indisponível, por ausência do mesmo em* stock. *Ou seja e em*

síntese, estamos perante, não uma recusa de venda de medicamento mas sim perante uma impossibilidade de levar a cabo essa mesma venda, por ausência do medicamento pretendido pelo utente em stock *na farmácia"*.

VI. Em abono desta interpretação, o Tribunal socorreu-se do artigo 36.º do RJFORAA, com redacção similar no n.º 2 do artigo 35.º do RJFO. Com a epígrafe «medicamentos esgotados», a norma estabelecia que *"as farmácias devem providenciar, com a brevidade possível, a obtenção dos medicamentos solicitados que se encontrem esgotados e a dispensa destes medicamentos, após a sua reposição, é insusceptível de originar qualquer acréscimo de pagamento"*.

VII. Segundo o Tribunal, *"da leitura da norma* [do artigo 36.º do RJFOAA] *(…) outra coisa não resulta senão a possibilidade ou, melhor, a admissibilidade legal, de se atingir uma situação de* stock *zero relativamente a medicamentos. Destarte, inadmissível seria considerar a verificação de uma infracção contra-ordenacional quando a lei, em norma diversa mas constante no mesmo diploma legal, previsse essa situação, limitando-se a exigir que se providencie, com a brevidade possível, pela obtenção dos medicamentos em falta"*.

VIII. O dever de dispensa de medicamentos pelas farmácias oficinas, tal como foi interpretado pelo Tribunal, merece um atento olhar crítico [8]. A compreensão do Tribunal quanto ao dever de dispensa de medicamentos parece-nos espúria, por ser logicamente inválida e pouco sólida, mas também por não ter sustentação teleológico-valorativa em face do bem jurídico e do interesse que o dever de dispensa de medicamentos pretende acautelar. Se se aceitasse a interpretação do Tribunal, o dever de dispensa quedar-se-ia ineficaz, por inoperante, pondo em causa, em última instância, as dimensões objectiva e subjectiva do direito fundamental à protecção da saúde [9].

---

8. O direito contra-ordenacional é composto por duas fases: a fase administrativa, na qual intervém a autoridade administrativa legalmente competente para aplicar a coima; e a fase judicial, no caso de o agente sancionado impugnar judicialmente a aplicação da coima. Na fase judicial o tribunal tem jurisdição plena, vigorando o princípio da irrecorribilidade das decisões judiciais, excepto em casos muito específicos previstos no artigo 73.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO). Em nenhum dos casos elencados no RGCO é possível a entidade administrativa recorrer da sentença do tribunal, mas apenas o arguido ou o Ministério Público e neste último caso com apertados condicionalismos, nomeadamente se o recurso se mostrar *"… necessário à melhoria da aplicação do direito…"* (artigo 73.º, n.º 2 RGCO). Sobre o regime das contra-ordenações, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal. Parte Geral*, I, 2.ª ed., Coimbra, 2007; Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações*, Lisboa, 2011.

9. Entenda-se por «dimensão objectiva» o substrato da norma jurídica que consagra o direito fundamental que visa assegurar ou proteger a colectividade, a comunidade ou o interesse público, de modo amplo ou não individualizado. A vertente subjectiva dos direitos fundamentais diz respeito ao indivíduo ou aos seus interesses individualmente considerados. Como refere Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Coimbra, p. 115, *"…os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos enquanto posições jurídicas de que são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual"*. Sobre esta temática, para além de Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, pp. 113 e ss., veja-se J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e*

2. Pressupostos metodológicos

I. Para se aferir a questão de direito é pressuposto que o intérprete-aplicador possua um pré-entendimento ou uma pré-compreensão estrutural da matéria em discussão, de modo a captar os elementos histórico, geográfico e juridicamente condicionados. Donde, a importância dos padrões, da unidade do sistema, da ciência do Direito, no sentido de encontrar uma conclusão ou decisão jurídica que seja racionalmente correcta, justa e que garanta a verdade dos enunciados, contribuindo para a certeza e a segurança jurídicas [(10)].

II. A relatividade inerente a caso concreto não significa que o intérprete desagúe no oceano dos relativismos ou subjectivismos metodológicos. A relatividade é uma definição inerente às situações concretas da vida [(11)]; o relativismo é um critério metodológico que postula, a final, que a verdade objectiva não existe ou de que existirão tantas verdades quanto a imaginação permitir. A confusão entre a relatividade *enquanto definição* e a relatividade enquanto *critério metodológico* provoca importantes e não menos nefastas consequências: o relativismo metodológico impede a identificação do erro, na medida em que a verdade que se postula será apenas outro prisma da realidade. Se se retirarem todas as consequências desta tese, qualquer debate argumentativo queda-se por inútil, na medida em que não pode almejar um objectivo, nomeadamente o de atingir a verdade das proposições ou dos enunciados, ainda que por aproximação ou tentativa, através de erros corrigidos ou de acessos provisórios que a fundamentação pretende, precisamente, suportar [(12)]. É neste pressuposto

---

Teoria da Constituição, 7.ª ed., Coimbra, 2003 15.ª reimpr., pp. 1256 e ss.; Jorge Reis Novais, *As Restrições* não Expressamente Autorizadas pela Constituição, 2.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 57 e ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 106 e ss.

10. Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz,: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts. (Schriften zur Rechtstheorie)*, 1983, trad. Menezes Cordeiro, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3.ª ed., Lisboa, 2002; Karl Larenz, *Methodenlehre de Rechtswissenschaft*, trad. José Lamego, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed., Lisboa, 1997, pp. 439 e ss. Sobre a verdade no processo judicial, cfr. Michele Taruffo, *Le simplice verità*, trad. Vitor de Paula Ramos, *Uma simples verdade*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2012.

11. Não merece discussão, pela sua trivialidade, afirmar que todos os casos são relativos, entendidos como *relacionados* ou *referentes* a qualquer coisa: quem chega ao topo de uma montanha dirá que a estrada percorrida desce; quem perspectiva a mesma estrada no sopé da mesma montanha dirá que sobe. O facto de a estrada subir ou descer é sempre relativo à posição ou perspectiva do observador, mas não belisca a asserção objectiva, ou seja, não relativa, de que a estrada tem um ângulo de *x* graus – e é neste enfoque, no objectivo ou principal e não no relativo ou acessório, que o discurso racional e científico se deve concentrar.

12. O mesmo sucedendo nas ciências ditas duras ou exactas, conforme referiu António Damásio, *O Erro de Descartes. Emoção, Razão e Cérebro Humano*, 23.ª ed., Lisboa, 2003, p. 19-20. Para um resumo das teorias da verdade (*maxime*, por correspondência, como coerência, teoria pragmática, teoria semântica e teoria da redundância), veja-se Susan Haack, *Philosophy of Logics* (1978), trad. Cesar Mortari, Luiz Dutra, *Filosofia das Lógicas*, São Paulo, 1998, pp. 127 e ss. No plano jurídico e filosófico, veja-se José Barata-Moura, Sobre a verdade. Um roteiro de problemas, *Revista do CEJ*, 2.º semestre, n.º 10, 2008, pp. 9-23; *idem*, Que fazer com a mentira?, in *O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental*, Coimbra, 2009, pp. 223; Maria Clara Calheiros, Verdade, prova e narração, *Revista do CEJ*, 2.º semestre, n.º 10, 2008, pp. 281-296; David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A Teoria da Norma e*

metodológico, relativo mas não relativista, que se funda a nossa análise [13].

3. Enquadramento legal

I. O dever de dispensa de medicamentos está suportado na Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), enquanto corolário do direito fundamental à protecção da saúde (artigo 64.º, n.º 1 [14]. A Lei Fundamental determina ao Estado – incluindo todos os entes que o personalizam, *v.g*. Regiões Autónomas – a incumbência prioritária de assegurar a disciplina e controlo na comercialização, distribuição e no uso de produtos medicamentosos [15].

II. Para além do preceito constitucional, a Lei de Bases da Saúde (doravante LBS) [16], no n.º 2 da Base XXI, determina que os órgãos públicos estão obrigados a assegurar que a actividade farmacêutica garanta "*…a defesa da protecção da saúde, a satisfação das necessidades da população e a racionalização do consumo de medicamentos e produtos medicamentosos"*.

III. O n.º 1 do artigo 6.º do Regime Jurídico do Medicamento para Uso Humano (doravante RJMUH) [17] estabelece por sua vez que os fabricantes, importadores, distribuidores por grosso, farmácias oficina, entre outros, *"…estão obrigados a*

---

a Criação de Normas de Decisão na Discricionariedade Instrutória, Coimbra, 2006, pp. 39 e ss.; Luis Filipe Pires de Sousa, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 135 e ss.; Michele Taruffo, *Uma simples verdade*, pp. 95 e ss.

13. Manuel Carneiro da Frada, Relativismo, Valores, Direito, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, LI, n.os 1 e 2, Coimbra, 2012, pp. 141 e ss.. Seguindo de perto Thomas Nagel, *The Last Word*, Oxford, 1997, p. 15 e ss., se afirmações do tipo «tudo é relativo» ou «tudo é subjectivo» fossem verdadeiras, então essas asserções, por si só, seriam relativas ou subjectivas. Daí segue-se que se tais afirmações fossem verdadeiras confirmariam que há casos em que nem tudo é relativo ou subjectivo, nomeadamente as afirmações «tudo é relativo» e «tudo é subjectivo». Mas se tais afirmações não são, afinal, subjectivas ou relativas, então serão falsas por contrariarem aquilo que afirmam. Do mesmo modo, a afirmação de que «não existe a verdade, mas várias verdades», se fosse uma declaração verdadeira, como naturalmente pretendem os seus defensores, então poderia ser apenas mais uma de várias verdades possíveis, admitindo outras que não aquela que postula – nomeadamente, a de que a verdade existe. Por conseguinte, a afirmação não pode ser verdadeira. Como sublinha Thomas Nagel, *"se o subjectivista nos convidasse a juntar a ele, não precisaríamos de oferecer razão alguma para declinar o convite, uma vez que ele não nos havia dado razão alguma para o aceitar"*. Daqui não se segue a posição extrema, a do dogmatismo que recusa qualquer debate ou questionamento. Recorrendo a uma imagem plástica, o relativismo e dogmatismo serão como duas faces da mesma (má) moeda: o relativismo desvaloriza o debate a jusante; o dogmatismo desvaloriza-o a montante.

14. Artigo 64.º, n.º 1 da CRP: *"todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover"*.

15. Alínea e) do n.º 3 do artigo 64.º CRP: *"Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente o Estado: (...) e) Disciplinar e controlar a produção, distribuição, a comercialização e o uso de produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico"*.

16. Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, na versão promovida pela Lei n.º 27/2002, de 08 de Novembro.

17. Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, na redacção da Lei n.º 25/2011, de 16 de Junho. Este diploma transpôs 12 Directrizes da União Europeia – artigo 1.º, n.º 2 do RJMUH.

fornecer, a dispensar ou a vender os medicamentos que lhes sejam solicitados, nas condições previstas no presente decreto-lei e na demais legislação aplicável". O n.º 2 do preceito determina que os responsáveis pela dispensa de medicamento *"…têm de respeitar o princípio da continuidade do serviço à comunidade"*.

IV. A estes normativos acrescem os artigos 6.º do RJFO e do RJFORAA, mencionados *supra* na introdução.

V. A par do dever de dispensa de medicamentos está o princípio da finalidade pública ou da continuidade de prestação de serviço das farmácias (artigos 2.º do RJFORAA e do RJFO e artigo 4.º do RJMUH), apesar de a sua gestão ser efetuada por operadores privados, corporalizando na lei a realidade histórica e sociológica da actividade farmacêutica [(18)].

4. O princípio do dever de dispensa de medicamentos

I. A circunstância de o dever de dispensa de medicamentos estar configurado no RJFO/RJFORAA como um princípio não diminui ou subalterniza a sua operacionalidade normativa, cuja violação está qualificada como contra-ordenação muito grave. Ao invés, consideramos que tal configuração reforça a centralidade do dever de dispensa, atendendo aos seus efeitos optimizadores e enformadores.

II. Com efeito, os princípios têm uma componente deôntica, isto é, enquanto comando de *dever-ser*, idêntica a qualquer outra regra jurídica [(19)]. Os princípios

18. Para uma análise história e sociológica da actividade farmacêutica, cfr. Paula Basso, *A Farmácia e o Medicamento. Uma História Concisa*, Lisboa, 2004; Axel Helmstädter/Jutta Hermann/Evemarie Wolf, *Leitfaden der Pharmaziegeschichte*, Eschborn 2001; Stéphanie Tésio, *Histoire de la pharmacie en france et en nouvelle-france au xviii siècle*, Canada, 2009; Leah Gilbert, To diagnose, prescribe and dispense: whose right it is? The ongoing struggle between pharmacy and medicine in South Africa, *Current Sociology*, 49 (3), 2001, pp.97-118; Joël Shlatter, Le médicament et l'individu: du *pharmakon* au médicament moderne, *Presse Médicále*, 41, 2012, pp. 196-202; Imtiaz Juma/Nuno Ramos, *Farmácias, Boticas e Mezinhas de Portugal*, Lisboa, 1992; João Rui Pita, *Farmácia, Medicina e Saúde Pública em Portugal (1772-1836)*, Coimbra, 1996; José Pedro Sousa Dias, *Farmácia Setecentista. Uma introdução à história, literatura e cerâmica da Farmácia em Portugal no século XVIII*, Lisboa, 1990; J. A. Saraiva, *História da Sociedade Farmacêutica Lusitana*, Lisboa, 1988; Michel A. Rinella, *Pharmakon. Plato, Drug Culture, Identity in Ancient Athens*, United Kingdom, 2010; A. C. Correia da Silva, *Faits de l'histoire de la Pharmacie au Portugal pedant les XV*ème *et XVI*ème *siècles*, Porto, 1973; A. Tavares de Sousa, *Curso de História da Medicina – das origens ao século XVI*, Lisboa, 1981; Lois N. Magner, *A History of Medicine*, Boca Raton, London, New York, Singapore, 2005.

19. Damos como pressuposto que norma não se confunde com o enunciado normativo ou o texto do qual se retira a regra. A norma é o resultado que provém da interpretação ou da determinação semântica do enunciado normativo. Logo, «norma» e «preceito» não são redutíveis, muito embora sejam vulgarmente utilizados como sinónimos. Daqui decorre a consequência de que a interpretação jurídica não é um dado, mas um achado; não é um acto, mas um processo. O intérprete interpreta a fonte (lei, contrato, costume, equidade) até inferir a regra, cfr. Miguel Teixeira de Sousa *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, pp. 320 e ss. Seguimos, pois, Carlos Alchourrón, On Law and Logic, *Ratio Juris*, 9, n.º 4, 1996, p. 338, quando refere

jurídicos consubstanciam condensações de regras ou pautas valorativas aproximadas, permitindo a formulação de juízos de ponderação, enquanto parte integrante na realização do Direito e do próprio princípio da legalidade ou da juridicidade, caro à atividade administrativa [20].

III. Dá-se pois como assente que princípios e regras jurídicas têm natureza normativa, embora com diferenças estruturais, cujos critérios, por deslocado, não cabe aqui aprofundar [21]. *Grosso modo*, a dissociação mais intuitiva reside em aspectos (i) quantitativos e (ii) qualitativos: (i) quantitativamente, o princípio é mais indeterminado, ao contrário da regra; (ii) qualitativamente, o princípio é um critério de optimização que permite juízos de ponderação em caso de conflitos normativos. A norma princípio também pode ser entendida no pressuposto implícito de que a previsão normativa é aplicável *em todas as situações de qualquer género*, isto é, a mais do que um género de acção, em que as condutas que accionam a norma são variadas. Já a norma regra terá implícito na previsão normativa o comando de aplicação *em todas as situações do género*, ou seja, com um ou vários géneros determinados. Em caso de conflito, os princípios têm a capacidade de se expandirem, nomeadamente através da prevalência nos casos de especialidade (*v.g*. norma de carácter geral *vs*. norma de âmbito especial) [22].

IV. Dito de outro modo, quanto ao grau de abstracção os princípios são aplicáveis a uma situação indefinida de casos; as regras esgotam a sua dimensão num conjunto mais restrito de situações da vida, consoante a maior ou menor definição dos pressupostos condicionais inscritos na previsão normativa [23]. Note-se, porém, que a norma-princípio, enquanto critério de optimização, deve ser perspectivada no seu máximo possível. Como refere Larenz, apoiado em Alexy, os princípios prescrevem *"que algo seja realizado na medida mais elevada possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas"*. Neste sentido, refere Larenz, *"no caso de uma contradição entre princípios (…) cada*

"by a «norm» I understand the meaning that may be attached to a linguistic expression, not the linguistic expression itself". Em sentido muito próximo, cfr. Friedrich Müller, trad. Peter Naumann, *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 38 e ss.; J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, p.51; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, 15.ª reimpr., pp. 1215 e ss.; David Duarte, *A Norma de Legalidade*, pp. 28 e ss.; Matthias Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, 2004, trad. inglesa *Making the Law Explicit. The Normativity of Legal Argumentation*, Oxford and Portland, Oregon, 2008, p. 96 e 211e ss.

20. Para uma análise da evolução do Estado de Direito e os seus reflexos na compreensão do princípio da legalidade ou da juridicidade, *inter alia*, Jorge Reis Novais, *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2014, reimpr., pp. 15 e ss.

21. Numa perspectiva de Direito Constitucional, veja-se J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1160.

22. David Duarte, *A Norma de Legalidade*, pp. 129 e ss; Veja-se também Jerzy Wróblewski, Principles, Values, and Rules in Legal Decision-Making and the Dimensions of Legal Rationality, *Ratio Juris*, 3, n.º 1, 1990, pp.100-117; Robert Alexy, On the Structure of Legal Principles, *Ratio Juris*, 13, n.º 3, 2000, pp. 294-304.

23. David Duarte, *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, 1996, p. 272 e do mesmo autor *Norma de Legalidade*, 75 e ss.; Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução*, pp. 206 e ss.

princípio tem de ceder perante outro, de modo a que ambos sejam actuados «em termos óptimos» («*mandado de optimiza*ção»). Em que medida seja este o caso depende do escalão do bem jurídico em causa em cada caso e requer, ademais, uma ponderação de bens. (…) trata-se, em última análise, do valor posicional dos princípios individualmente considerados no quadro de um sistema de tais princípios" [(24)].

V. O princípio do dever de dispensa de medicamentos, tal como o princípio da continuidade do serviço e do interesse público do funcionamento da farmácia (artigo 2.º do RJFORAA e RJFO), são pois normativamente modeladores de todas as acções ou condutas previstas noutros preceitos do RJFO/RJFORAA, incluindo as que se referem aos medicamentos esgotados.

VI. O princípio do dever de dispensa de medicamentos também não se furta à interpretação conforme à Constituição, a partir de um duplo postulado: (i) a maximização das normas constitucionais; (ii) e a conservação das normas legais [(25)]. O princípio do dever de dispensa de medicamentos vale assim como critério ou comando de optimização para todo o regime jurídico aplicável, e deve ser interpretado com a máxima operacionalidade perante outros princípios e regras jurídicas, *maxime* o direito fundamental à protecção da saúde, ao qual presta tributo.

5. O dever de dispensa enquanto corolário do direito fundamental à protecção da saúde

I. O direito fundamental à protecção da saúde tem suporte, directo ou indirecto, nos principais tratados, acordos ou convenções internacionais: na Carta das Nações Unidas (artigo 13.º, n.º 1, alínea *b*); 55.º, alínea *b*); 57.º, n.º 1; 62.º, n.º 1); na Declaração dos Direitos do Homem (artigo 25.º); no Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (artigo 12.º); na Convenção Contra todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (artigo 12.º); na Convenção dos Direitos da Criança (artigo 24.º); na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigos 2.º; 3.º; 8.º, n.º 2; 9.º, n.º 2; 10.º, n.º 2; 11.º, n.º 2;);

24. Karl Larenz, *Metodologia*, pp. 675-676: Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução*, p. 244. A teoria dos princípios de Alexy, enquanto «mandados de optimização», foi criticada por alguns autores. Na sequência dessas críticas, Alexy aperfeiçoou o seu entendimento, defendendo os princípios legais como *"comandos a ser optimizados"*, cfr. Robert Alexy, On the Structure, p. 300. Sobre a ponderação de bens, veja-se também Rodríguez de santiago, *La Ponderación de Bienes e Interesses en el Derecho Administrativo*, Madrid/Barcelona, 2000.

25. João Zenha Martins, Interpretação Conforme com a Constituição, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, V, Coimbra, 2003, pp.823-957; do mesmo autor, Neoconstitucionalismo e Interpretação Conforme, in *Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo*, Coimbra, 2011, pp.191 e ss. O primeiro postulado determina que perante várias vias interpretativas possíveis, todas constitucionalmente admissíveis, deve optar-se pela que leve mais longe as finalidades constitucionais e que possibilite o ponto óptimo ou o equilíbrio menos restritivo entre direitos. O segundo postulado determina que em face de duas ou mais interpretações de uma norma legal deve optar-se pelo sentido que seja constitucionalmente conforme e permita a conservação da norma, evitando "buracos negros".

na Carta Social Europeia (artigos 11.º e 13.º, n.º 1); ou na Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina (artigo 3.º).

II. Tendo por base as Constituições e Leis Fundamentais de 191 países membros das Nações Unidas em 2007 e 2011, os autores de um estudo realizado em 2013 concluíram que apenas uma minoria de Estados tinha constitucionalmente prevista a garantia de direitos de saúde pública (14%) e de acesso a cuidados médicos (38%). Globalmente considerados, 36% dos 191 países garantiam nos seus textos constitucionais o direito à protecção da saúde, ou seja, 69 países; 13% aspiravam à sua protecção para todos os cidadãos em 2011, isto é, 24 de 191 países; e 4 % garantiam expressamente o direito apenas a grupos específicos de pessoas, ou seja, 8 países. No total, as Constituições ou Leis Fundamentais de 90 países não previam a protecção constitucional do direito aos cuidados de saúde; e dos Estados que o garantiam, 39 asseguravam o acesso universal a cuidados médicos e 19 países o direito aos cuidados de saúde saúde a todos os cidadãos [(26)].

III. Na União Europeia a generalidade dos Estados-Membros consagra ou reconhece na Lei Fundamental o direito à protecção da saúde, de forma directa ou indirecta, nomeadamente a Constituição italiana (artigo 32.º), belga (artigo 23.º, n.º 2), letã (artigo 111.º), lituana (artigo 53.º), polaca (artigo 68.º); espanhola (secção 43.º); francesa (§11 do preâmbulo da constituição de 27 de Outubro de 1946); holandesa (artigo 22.º, n.º 1); eslovaca (artigo 40.º); checa (artigo 3.º); finlandesa (secção 19, 3.º§) ou irlandesa (artigo 45.º/4, 2.º) [(27)].

IV. No que concerne a Portugal, o artigo 64.º da Constituição é peremptório quanto à dignidade constitucional do direito (fundamental) à protecção da saúde, também manifestação da matriz personalista da Constituição Portuguesa, enquanto parte integrante da unidade valorativa condensada no artigo 1.º da CRP: o princípio da dignidade da pessoa humana [(28)]. A alínea *e*) do n.º 3 do artigo 64.º da CRP, com o desígnio de assegurar o direito fundamental, determina ao Estado a incumbência prioritária de *"disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso de produtos químicos, biológicos e farmacêuticos…"*.

V. Concentrando-nos no específico dever de dispensa de medicamentos, trata-se de uma obrigação que as farmácias assumem perante delegação do Estado, através da Administração. O dever de dispensa suporta-se numa norma de conduta que prescreve um comportamento ao titular do alvará para a instalação e exploração da farmácia, cuja actividade, por ser relativamente proibida, só pode ser exercida através de um prévio acto administrativo permissivo, o licenciamento [(29)].

---

26. Jody Heymann/Adèle Cassola/Amy Raub/Lipi Mishra, Constitutional rights to health and medical care: the status of health protections in 191 countries, *Global Public Health*, 8, n.º 6, 2013, pp. 639-653.

27. Cfr. Luís A. Menezes do Vale, O Direito à Saúde na União Europeia em perspectiva diacrónica, *Nascer e Crescer – Revista do Hospital de Crianças Maria Pia,* 2011, XX, n.º 4, p. 280, disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0872-07542011000400009&lng=pt&nrm=iso>. (última consulta 05-09-2016).

28. Jorge Miranda, *Manual*, p. 47 e 180; Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, I, Coimbra, 2015, pp. 17 e ss.

29. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, II, 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp.

VI. O carácter limitado de licenças administrativas para o exercício de actividades relativamente proibidas, como sucede com a actividade farmacêutica, cria para os seus titulares posições jurídico-administrativas de vantagem. A posição jurídica de vantagem consolida expectativas, interesses juridicamente protegidos ou direitos subjectivos que podem originar – e normalmente originam – conflitos com Administração, fundamentalmente submetida à prossecução do interesse público. Pense-se, a título ilustrativo, na transmissão do alvará a terceiros, na constituição de garantias patrimoniais (*v.g*. penhor ou penhora sobre o alvará) ou mesmo a adopção de Planos Especiais de Revitalização em confronto com os condicionamentos legais previstos no RJFO/RJFORAA para a cessão ou mesmo na possibilidade de encerramento compulsivo da farmácia, por violação das regras de funcionamento (artigo 43.º do RJFORAA e 42.º do RJFO) [30].

VII. Por contraposição à posição de vantagem, o titular da licença de exploração de uma farmácia fica adstrito a deveres ou ónus de prestação, nomeadamente o dever de aprovisionar e dispensar medicamentos à população, não só por força do RJFORAA/RJFO, mas também e sobretudo por injunção do direito fundamental à protecção da saúde (n.º 1 e alínea *e*) do n.º 3 do artigo 64.º da CRP).

VIII. É certo que o direito fundamental à protecção da saúde, enquanto direito fundamental social sujeito a prestações materiais, está condicionado a uma reserva do possível, nomeadamente do ponto de vista financeiro, ou do politicamente oportuno em face do conteúdo programático dos órgãos democraticamente eleitos, cabendo-lhes – ao contrário da Administração – uma prerrogativa de avaliação [31]. A reserva do possível impõe-se, porém, ao Estado e não aos particulares a quem o Estado autorizou o exercício de uma actividade, enquanto incumbência prioritária estadual, sob pena de a reserva do possível subalternizar ou menorizar os direitos fundamentais sociais. Garantido um mínimo de prestações derivadas do direito fundamental social, o Estado deixa de ser livre para o fazer regredir, seja por se considerar a existência de uma cláusula implícita de proibição reaccionária ou de retrocesso social [32], seja por

287 e ss.

30. Sobre a temática, Tiago Antunes, Contingentação, transmissão, patrimonialização e coisificação de posições jurídico-administrativas, in *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Coimbra, 2015, p. 1013.

31. Jorge Miranda, Manual, p. 392; Jorge Reis Novais, *Princípios Constitucionais*, pp. 293 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 481; Rui Medeiros, Direitos Liberdades e Garantias e Direito Sociais: entre unidade e diversidade, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, I, Coimbra, 2010, pp.657-683.

32. Acórdão Tribunal Constitucional n.º 39/84, que declarou inconstitucional o Decreto-Lei n.º 254/82 ao revogar grande parte da Lei n.º 56/79, que havia criado o Serviço Nacional de Saúde. Conforme refere o aresto: *"a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social"*. Acompanhando a decisão, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional,* p. 479. Considerando que o princípio da proibição do retrocesso caiu em desuso, *"...não resistindo às objecções que, de diversos quadrantes, lhe foram entretanto dirigidas..."*, Rui Medeiros, Direitos Liberdades e Garantias, p. 668.

imposição do princípio da confiança ou da segurança jurídicas [33], seja ainda em função da determinabilidade do direito social em causa, do mínimo existencial do direito fundamental à proteção da saúde ou da sua aplicabilidade directa [34]. Consideraríamos, por exemplo, desconforme com o n.º 1 e alínea *e*) do n.º 3 do artigo 64.º da CRP, a Administração impedir, por acção ou omissão, a satisfação objectiva e comprovada de necessidades de cobertura farmacêutica numa dada localidade [35].

IX. A reserva do possível não serve, pois, como caução para omissões do legislador ou da Administração. Os direitos fundamentais sociais são, acima de tudo, direitos fundamentais, alguns dos quais estruturalmente condicionados, sem que daqui se infira uma Constituição dirigente, mas tão só limitadora, do poder legislativo exercido pelos órgãos democraticamente eleitos. No caso de direitos sociais fundamentais estruturalmente condicionados, como sucede, em nossa opinião, com o direito à proteção da saúde no acesso a medicamentos, é necessário demonstrar o exaurimento do possível ou do politicamente oportuno, através de razões justificativas, racionalmente controláveis, de modo a garantir o conteúdo essencial ou constitucionalmente determinado do direito fundamental [36]. O que significa que o Estado, através da Administração, tem o dever de acompanhar e fiscalizar o funcionamento das farmácias, sobretudo as que apresentem perturbações graves na dispensa de medicamentos.

X. Esta percepção dos direitos fundamentais sociais pretende "levá-los a sério", para além de concretizar o princípio geral da dignidade da pessoa humana e o princípio da socialidade do Estado Social de Direito Democrático [37], pese embora os desafios quanto à sua sustentabilidade [38]. Na senda de Jorge Reis Novais, *"…enquanto elementos imprescindíveis da ordem de valores constitucional do actual Estado de Direito, os direitos sociais, relacionando-se, interagindo, eventualmente conflituando com os direitos de liberdade, podem naturalmente funcionar e ser invocados como fundamentos de possibilidade de restrição de*

33. Jorge Reis Novais, *As Restrições*, p. 138, nota 228, conclui que da reserva do possível não existe *"...qualquer imposição juridicamente vinculante de "proibição de retrocesso" ou de "obrigação de não regressividade"* [dos direitos sociais]*, no sentido de conceber os níveis atingidos de realização das prestações estatais como imunes (...) à eventualidade de regressão"* o que não significa, defende o autor, a ausência de um mínimo adquirido, enquanto expressão do princípio da boa-fé e da segurança jurídica. Também parecem ir neste sentido, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p. 191; Jorge Miranda, *Manual*, pp. 397-398.

34. Rui Medeiros, Direitos Liberdades e Garantias, p. 665; Maria João Estorninho/Tiago Macieirinha, *Direito da Saúde*, Lisboa, 2014, pp.46-47.

35. Sobre a obrigação de a Administração assegurar as necessidades de cobertura farmacêutica, cfr. Carlos de Almeida Farinha, A Abertura de Posto Móvel de Farmácia Dependente de Farmácia não Localizada no mesmo Município nem em Município Limítrofe, *Cadernos da IReS*, n.º 1, Jan.-Jun., 2016, pp. 25 e ss., disponível *online* em <http://www.azores.gov.pt/Gra/srs-irs/menus/principal/cadernos> (última consulta 15-09-2016).

36. Jorge Miranda, *Manual*, p. 393.

37. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 351.

38. José Melo Alexandrino, A sustentabilidade do Estado Social: direitos fundamentais, democracia e cooperativismo, in *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Coimbra, 2015, pp. 499 e ss.; Rui Medeiros, Direitos Liberdades e Garantias, pp.668 e ss.

direitos, liberdades e garantias e de justificação da respectiva medida" [39].

XI. O direito fundamental à protecção da saúde tem assim força operativa e injuntiva nos juízos de ponderação de eventuais restrições de outros direitos fundamentais conflituantes – nomeadamente, liberdades e garantias (*v.g*. direito fundamental à propriedade privada ou à iniciativa económica). Como refere Luís A. M. Menezes do Vale, *"o alargamento do campo do* possível *(…) tornou imperiosa a discussão, negociação, mas também descoberta e constituição de uma gramática jurídica básica da saúde, pela qual se determinem (…) as arenas* modais *da prática humana no sector: desde o domínio do* permitido*, à esfera do* necessário *e do* devido" [40].

6. A actividade farmacêutica e o dever de dispensa de medicamentos

I. Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2001, de 02 de Maio, a actividade farmacêutica foi sempre *"…sujeita a forte regulamentação, qualquer que seja o ponto de vista sobre o qual a olhemos: técnico, científico, legal ou económico"* [41]. O aresto procede a uma profícua análise da evolução normativa da actividade farmacêutica em Portugal.

II. *Brevitatis causa,* julgamos inegável que o regime jurídico das farmácias oficina destina-se primacialmente em assegurar o interesse público e a protecção da saúde pública [42], tal como a própria profissão farmacêutica (artigo 78.º n.º 1 do Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos [43]). Todas as normas sobre saúde são, aliás, consideradas de ordem pública (Base III da LBS). Como refere Miriam Armstrong, *"os medicamentos têm elevado valor social, principalmente porque afectam os resultados em saúde para melhor (na vasta maioria dos casos); todavia, os seus benefícios são altamente influenciados por variações individuais e sociais – não apenas através de factores genéticos ou psicológicos, mas também por factores psicossociais (actuando em proximidade ou à distância)"* [44]. Segundo David Badcott, *"para os farmacêuticos, a primeira responsabilidade a respeito da vulnerabilidade dos seus pacientes e do próprio acervo das suas*

39. Jorge Reis Novais, *Princípios Constitucionais*, p. 298.

40. Luís A. Menezes do Vale, O Direito à Saúde, p. 276.

41. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2001, 2 de Maio de 2001 (relator: Paulo Mota Pinto), §5., disponível *online* em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010187.html> (última consulta 09-04-2016).

42. Quanto à regulamentação do medicamento, no mesmo sentido, Alexandra Vilela, O medicamento, a sua comercialização e o ilícito de mera ordenação social, in *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal*, Coimbra, 2010, p.267.

43. Decreto -Lei n.º 288/2001, de 10 de Novembro, alterado pela Lei n.º 131/2015, de 4 de Setembro (Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos). Segundo o artigo 78.º, n.º 1 *"o farmacêutico é um agente de saúde, cumprindo-lhe executar todas as tarefas relativas aos medicamentos,* às análises clínicas ou análises de outra natureza que sejam *susceptíveis de contribuir para a salvaguarda da saúde pública, bem como as acções de educação dirigidas à comunidade no âmbito da promoção da saúde e prevenção da doença"*.

44. Miriam Armstrong, Public Health: why pharmacy counts, *The Pharmaceutical Journal*, 278, 2007, pp.13-14 (tradução nossa).

obrigações profissionais relaciona-se directamente com a natureza das drogas medicinais que dispensam ou prescrevem (…) o farmacêutico é uma parte integrante no processo de cuidados terapêuticos do paciente e no fornecimento de medicamentos…" cabendo-lhe, entre outras funções, *"…contribuir para o cuidar das pessoas com condições de longo prazo, e.g. doenças do coração, diabetes, asma, através do encorajamento do uso efectivo de medicamentos"* [45].

III. No mesmo sentido, Karl Larenz referia que a regulamentação da profissão farmacêutica tem subjacente um bem superior da comunidade: *"o bem da comunidade aqui em questão é a saúde pública"*, salientando que *"…também é indiscutível que é necessária para a saúde pública uma provisão ordenada de medicamentos"* [46].

IV. A liberalização da propriedade da farmácia não impediu restrições na actividade e propriedade de farmácias. Os fins que estes estabelecimentos prosseguem, ainda que assentes num legítimo escopo comercial, continuam a ser qualificados como públicos (artigos 2.º e 16.º do RJFORAA e artigo 2.º e 15.º do RJFO), mal-grado a existência de agendas que, sob o manto da liberdade individual, escondem *"…um discurso desconstrutor que desvaloriza a importância social e pública da saúde e a transforma em questão de mera justiça comutativa, e só nessa perspectiva regulada"* [47]. Suportando-nos em Jorge Miranda, em face do disposto as alíneas *c*) e *e*) do n.º 3 do artigo 64.º da CRP, *"ressalta imediata e inequivocamente uma directiva inconciliável com uma postura liberal, individualista, agnóstica. A farmácia não é um bem como qualquer outro que esteja no comércio jurídico. É um bem situado no domínio da saúde, incindível do tratamento constitucional que a esta se confira; não vale por si, é instrumental em relação à protecção da saúde"* [48].

V. É o que também se retira da leitura do preâmbulo do RJFO, quando refere que *"(…) reflecte o interesse público que caracteriza a actividade de dispensa de medicamentos"*. Diz-se ainda no preâmbulo que *"…permite-se que as farmácias, a par da dispensa de medicamentos, desempenhem outras funções de relevante interesse público (…). É patente, ao longo do diploma, a preocupação com a qualidade dos serviços prestados pelas farmácias, considerando que se trata de uma actividade cujo interesse público assume a maior relevância…"*.

VI. Já se mencionou o n.º 1 do artigo 6.º do RJMUH, o qual estabelece que as farmácias de oficina estão obrigadas a fornecer, dispensar e vender medicamentos que lhes sejam solicitados. Isto não significa a obrigação de a farmácia vender sempre e em qualquer circunstância os medicamentos solicitados, como que afastando a liberdade de gestão e estratégia comercial. Significa, todavia, que a gestão comercial não pode preterir um fornecimento regular que satisfaça as

45. David Badcott, Professional values in community and public health pharmacy, *Medicine Health Care and Philosophy*, 14, 2011, p. 191-192 (tradução nossa).

46. Karl Larenz, *Metodologia*, p. 577.

47. Luís A. M. Menezes do Vale, O Direito à Saúde, p. 273.

48. Jorge Miranda, Propriedade e Constituição (a propósito da lei da propriedade da farmácia), *Estudos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Estoril, 2006, p. 134.

necessidades da população [49].

VII. Vão neste sentido as afirmações de José Aranda da Silva, quando referia que a comunidade deve hoje aos farmacêuticos *"…uma acessibilidade generalizada de medicamentos e uma confiança e garantia na sua qualidade e segurança"* [50]. Segundo o autor, *"o modelo de farmácia, como espaço de saúde, (…) sustenta-se no verdadeiro interesse da população e do nosso sistema de saúde em terem disponíveis cuidados de saúde distribuídos de forma homogénea, com racionalidade e em que a qualidade e eficiência não variam consoante se localize numa aldeia do nosso interior ou na mais movimentada avenida da capital. Assim, abrir caminho à ausência de regras que salvaguardem o interesse público e a saúde pública é reduzir a saúde a um mercantilismo sem precedentes (…). A prevenção em saúde é uma responsabilidade farmacêutica"* [51].

VIII. Pelo que não é excessivo afirmar que a farmácia é um espaço público de saúde, em que o Estado delega poderes através da concessão de um alvará para a venda de medicamentos e outros produtos e serviços, e simultaneamente uma empresa de capitais privados. Para António Hipólito Aguiar, as farmácias servem e resolvem várias situações, que vão desde *"…a cosmetologia à dietética, seja a dispensa assistida de fármacos, que constitui naturalmente a sua principal vocação"*. É, pois, *"inegável que o farmacêutico representa um elo fundamental na cadeia da saúde, não se limitando a um mero comerciante com uma porta aberta para a rua, mas envolvendo-se na promoção activa da saúde junto dos seus utentes…"* [52].

IX. Em conclusão, perpassa de todo o enquadramento legal e normativo, e bem assim da dogmática sobre a actividade farmacêutica, que o dever de dispensa de medicamentos, enquanto princípio optimizador e enformador, é particularmente injuntivo, atributo constitutivo ou prescritivo e não meramente acessório ou declarativo na tessitura do direito fundamental à protecção da saúde e do inerente interesse público que cabe ao Estado assegurar.

7. A interpretação do Tribunal da Comarca dos Açores sobre o dever de dispensa de medicamentos

I. O excurso até aqui efectuado, conquanto extenso, foi necessário para a compreensão do real perigo da interpretação-aplicação do dever de dispensa de medicamentos, tal como promovida pelo Tribunal de Comarca dos Açores. Um primeiro aspecto que desde logo sobressai da interpretação do Tribunal é a inversão hierárquica dos preceitos da Constituição e leis paramétricas. O

49. Paulo Pinheiro/Miguel Gorjão-Henriques, *Direito do Medicamento*, Coimbra, 2009, p. 42.

50. José Aranda da Silva, *Saúde, Farmacêuticos e Medicamentos*, Lisboa, 2007, p. 65.

51. José Aranda da Silva, *Saúde, Farmacêuticos e Medicamentos*, pp. 68, 74-75.

52. António Hipólito Aguiar, *Gerir a Farmácia do Próximo Milénio – Aumentar a Competitividade*, Lisboa, 1999, p.15-18.

Tribunal interpretou a Constituição e a Lei de Bases da Saúde a partir da lei ordinária, e não tanto a lei ordinária conforme a Constituição e a Lei de Bases da Saúde (artigo 112.º da CRP) [53].

II. Para além da inversão hierárquica, os argumentos do Tribunal são incoerentes [54]. Para o Tribunal, as proposições constantes no artigo 6.º do RJFO seriam bi-condicionais [55]: *se, e apenas se* ocorresse violação das alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 6.º do RJFO, então ocorreria o incumprimento do dever de dispensa de medicamentos. Para os casos excluídos do elenco, o dever de dispensa de medicamentos manter-se-ia intacto. O equívoco em que incorre esta interpretação assenta na confusão entre o *dever de dispensa* e o *dever de recusa da dispensa*, muito embora a epígrafe do artigo 6.º do RJFO referisse expressamente o primeiro. Com efeito, as situações em que os n.os 1 e 2 do artigo 6.º do RJFO autorizam o farmacêutico a recusar a dispensa consubstanciam um mero reflexo negativo do dever positivo de dispensa de medicamentos.

III. Dito de outro modo, segundo a interpretação do Tribunal, apenas ocorreria violação do dever de dispensa se um utente, munido de receita médica válida (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 6.º do RJFO), pretendesse adquirir um fármaco e obtivesse do farmacêutico resposta negativa, ainda que o medicamento estivesse aprovisionado na farmácia. Ao invés, se o farmacêutico não dispensasse o medicamento por não tê-lo aprovisionado, mesmo que o utente estivesse munido de receita médica válida, o dever de dispensa manter-se-ia cumprido (!) uma vez que não haveria *"…uma recusa de venda de medicamento mas sim*

53. Sobre a interpretação conforme à constituição, cfr. nota 24 *supra*.

54. Entenda-se aqui por «coerência» a seguinte proposição: quanto mais os enunciados pertencentes a uma conclusão se aproximarem de uma estrutura de suporte perfeita, mais coerente será a conclusão. O grau de perfeição de uma estrutura de suporte depende do grau em que é preenchido cada critério de coerência: (1) o maior número possível de proposições ou afirmações de suporte pertencentes à conclusão; (2) o maior número de encadeamentos de razões ou justificações pertencentes à conclusão; (3) o maior número possível de afirmações fortemente suportadas (*v.g.*, doutrina e jurisprudência) pertencentes à conclusão; (4) o maior número possível de conexões entre as várias afirmações de suporte encadeadas; (5) o maior número possível de relações preferenciais entre os princípios incluídos na conclusão; (6) o maior número possível de afirmações de suporte recíprocas entre várias afirmações pertencentes à conclusão; (7) o maior número de afirmações universais pertencentes à conclusão; (8) o maior número de conexões conceituais cruzadas entre diferentes conclusões; (9) o maior número de casos cobertos pela conclusão; (10) o maior número de factos da vida cobertos pela conclusão, cfr. Robert Alexy/Aleksander Peczenik, The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality, *Ratio Juris*, 3, n.º 1, 1990, pp. 130-147. Veja-se também Leonor Moral Soriano, A Modest Notion of Coherence in Legal Reason. A Model for the European Court of Justice, *Ratio Juris*, 16, n.º 3, 2003, pp.296-323. Segundo a autora *"notion of coherence in legal reasoning (...) instead of dealing with the question 'Is the ruling R coherent within the legal system?' deals with the question 'Does the argumentation of the ruling R cohere?' As such, this question shifts the interest towards justification. Justifying is the activity of giving arguments to support premises. Further, (...) supportive structures of reasons are created by connecting reasons: justifying is the activity of creating cumulation-nets of reasons."*

55. A bi-condicionalidade é um termo da lógica proposicional, referente a um operador que liga duas frases. A frase é verdadeira quando os seus constituintes possuem o mesmo valor de verdade, ambos verdadeiros ou ambos falsos, cfr. Michael Detlefsen/David Charles McCarty/John B. Bacon, *Logic from A to Z*, trad. portuguesa Paula Morão, *Glossário de Lógica*, Lisboa, 2004, p.24.

(…) uma impossibilidade de levar a cabo essa mesma venda, por ausência do medicamento pretendido pelo utente em stock *na farmácia"*.

IV. Esta interpretação, para além de não ter suporte teleológico, assenta numa petição de princípio [56]. A não dispensa de medicamentos por dever de recusa ou por a farmácia não estar devidamente aprovisionada constituem condutas substancialmente idênticas quanto ao resultado final, mas radicalmente diferentes quanto às causas. No primeiro caso, o farmacêutico cumpre com uma prescrição legal de recusa; no segundo caso, o farmacêutico não fornece o medicamento por não tê-lo aprovisionado atempadamente nem o conseguir fazer em tempo útil, violando o dever de dispensa.

V. No caso em análise, as condições previstas na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 6.º do RJFO estavam preenchidas, por os interessados na aquisição de medicamentos se encontrarem munidos de receitas médicas válidas. As receitas só não eram aviadas por a farmácia não ter medicamentos para dispensar. Ou seja, o verdadeiro *punctus saliens* centrava-se não tanto no incumprimento do artigo 6.º quanto na aplicabilidade da justificação prevista no artigo 36.º do RJFORAA (n.º 2 do artigo 35.º do RJFO), atinente ao dever de repor os medicamentos esgotados "*com a brevidade possível*", e que o Tribunal apenas se socorreu lateralmente à interpretação do dever de dispensa.

VI. O Tribunal parece ter amparado a sua interpretação num raciocínio *a contrario* em sentido fraco. A partir de um suposto silêncio da lei (*expressio unius est exclusio alterius*), reduziu teleologicamente o âmbito de aplicação do dever de dispensa aos casos em que a lei autorizaria a recusa. O argumento *a contrario*, muito embora asténico por não ter qualquer função no apuramento do estatuto deôntico de uma condição não prevista, é válido nos casos em que o enunciado normativo contenha proposições bi-condicionais ou enumerações taxativas (*v.g. "só"*, *"somente*", *"apenas no caso de"*) [57].

VII. Ainda que se admitisse a aplicação do raciocínio *a contrario*, a interpretação enunciativa do artigo 6.º do RJFO só autorizaria uma conclusão inversa à que chegou o Tribunal. O enunciado normativo está formulado a partir de negações sintácticas e morfológicas [58] que impõem reflexamente o dever de dispensa. O

---

56. Por pressupor numa das premissas do silogismo o que se pretende precisamente demonstrar, a saber: se o não aprovisionamento de medicamentos, imputável ao farmacêutico, deve ou não ser considerado como violação do dever de dispensa. Segundo o Tribunal: (1) há violação do dever de dispensa se o medicamento não for dispensado; (2) o dever de dispensa não é violado se a não dispensa for devida à inexistência de aprovisionamento de medicamentos (premissa carente de demonstração); (3) não foi dispensado o medicamento por a farmácia não o ter aprovisionado; *logo*, não foi violado o dever de dispensa de medicamentos.

57. David Duarte, On the *a contrario* argument: much ado about nothing, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, LIV. n.os 1 e 2,, Coimbra, 2013, pp. 41 e ss.; *idem*, Linguistic Objectivity in Norm Sentences: Alternatives in Literal Meaning, *Ratio Juris*, 24, n.º 2, 2011, pp. 112-139; Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução*, p. 439.

58. Na negação sintáctica o valor negativo é realizado por construções negativas morfologicamente autónomas, nomeadamente os operadores negativos «não», «nem» e «sem». Na negação morfológica o valor negativo é obtido a partir de morfemas negativos, sejam eles nomes (*v.g.* «infelicidade», «desconforto»), adjectivos (*v.g.* «desleal», «incapaz»), advérbios (*v.g.* «ati-

farmacêutico pode recusar a dispensa *apenas* nos casos previstos no artigo 6.º do RJFO, a saber, em face de um pedido de medicamento sujeito a receita médica sem que o comprador dela esteja munido; perante uma receita médica inválida; se o pedido de dispensa for efectuado fora do horário de funcionamento; ou se o comprador não for a pessoa cujo nome conste no receituário, excepto em situações de força maior. Ou seja, a bi-condicionalidade (*se, e apenas se*) da norma aplica-se às previsões que estatuem o dever de recusa, taxativamente previstas, e não ao dever de dispensa de medicamentos imposto no n.º 1 do artigo 6.º do RJFO. Em todas as outras situações que não as enunciadas no preceito (e por remissão, no Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos), a recusa de dispensa é inadmissível, onde se inclui a frustração da dispensa por o farmacêutico não ter aprovisionado a farmácia com o medicamento pretendido.

VIII. Todavia, no nosso entender, o caso nem reclamaria o recurso ao raciocínio *a contrario*, devendo mesmo ser afastado. Não vislumbramos que entre o dever de dispensa e o dever de recusa exista uma relação de exclusividade ou de bi-condicionalidade, mas uma relação suportada numa implicação negativa, isto é, o dever de recusa será verdadeiro quando o dever de dispensa for falso e vice-versa. Graficamente (fig. 1), a regra referente ao dever de recusa (b) representa um subconjunto dos factos que integram o conjunto do princípio geral do dever de dispensa (a), no qual também se inclui os restantes subconjuntos de outras regras, tais como o dever de aprovisionamento ou o dever de reposição de medicamentos esgotados (c):

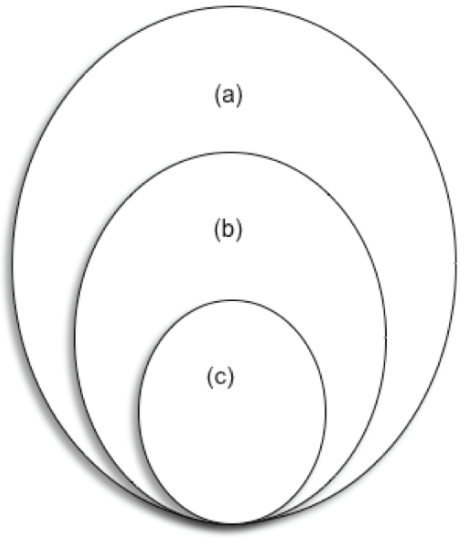


FIG. 1

picamente», «infelizmente») ou verbos (*v.g.* «recusar», «desobedecer», «desconhecer»), cfr. João Andrade Peres, Negação, in *Gramática do Português*, I, Lisboa, (s/d, mas 2013), p. 462.

IX. Se o nosso entendimento estiver correcto, a interpretação do Tribunal é inválida por confundir proposições normativas contingentes, que derrogam ou excluem a dispensa medicamentos, com proposições normativas necessárias, que impõem o dever de dispensa. O Tribunal assumiu como idênticas as proposições «não possibilidade de não dispensar medicamentos», que o corpo do artigo 6.º do RJFO directamente contempla; e «possibilidade de não dispensar medicamentos», que as alíneas do preceito em causa só condicionalmente admitem. O enunciado normativo estabelece que *"...as farmácias não podem recusar a dispensa de medicamentos"*, ou seja, uma não possibilidade (*"não podem*) de não dispensar (*recusar*) medicamentos. O farmacêutico somente pode recusar a dispensa nas situações contingentes previstas na regra.

X. Uma proposição normativa que prevê a não possibilidade de não dispensa resulta, afinal, numa necessidade. Se se utilizar outras elocuções sem partículas negativas, o que o n.º 1 do artigo 6.º do RJFO determina é a *necessidade* de a farmácia dispensar medicamentos*, excepto* nos casos de dever de recusa. Ou seja, o oposto à conclusão a que chegou o Tribunal, em que deu como contingente o dever de dispensa e como necessário o dever de recusa.

XI. O artigo 6.º do RJFO contém uma norma cujo operador deôntico é uma proibição (*"não podem"*) de um acto negativo ("…*recusar a dispensa de medicamentos…"*). Se se recorrer à notação da lógica modal [59], a modalidade de necessidade (□) e a modalidade de possibilidade (◊) são intermutáveis nos seguintes casos de negação (~) [60]:

$$\sim \Diamond \sim p = \Box \text{ (não é possível não } p \text{ = necessidade)}$$

e

$$\sim \Box \sim p = \Diamond \text{ (não é necessário não } p \text{ = possibilidade)}$$

XII. A partir dos argumentos do Tribunal não é possível aferir se o *stock* de medicamentos é condição suficiente ou necessária para o (in)cumprimento do dever de dispensa. Parece estar simplesmente excluído dos pressupostos condicionais do dever de dispensa. Uma condição é necessária quando a sua ausência impede a ocorrência de determinados factos; é suficiente quando a sua

59. O recurso à lógica não significa que o Direito seja integralmente traduzido em silogismos, premissas ou conclusões, mas ajuda à sua determinação. A este propósito, Eugenyo Bulygin, What can one expect from Logic in the Law? (Not everything, but more than something), *Ratio Juris*, 21, n.º 1, 2008, p. 151: "That logic cannot give a full account of any legal system is obvious; I wonder who (…) could expect it to. I know of no legal philosopher who would raise such a claim. What logic, or rather logical analysis, can do, however, is to clarify legal concepts and thus introduce greater order, thereby deepening our understanding of legal phenomena."

60. Philippe Thiry, *Notions de Logique* (1998), trad. portuguesa *Noções de Lógica*, 2.ª ed. revista e atualizada, Lisboa, 2010, pp. 150 e ss.; Carlos E. Alchourron/Eugenio Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991, *passim*; Susan Haack, *Filosofia das Lógicas*, pp. 229 e ss.

presença implica forçosamente a ocorrência de um fenómeno [61]. A nosso ver, esta distinção é útil para a compreensão da relação entre o dever de dispensa e o aprovisionamento de medicamentos: em condições normais, o aprovisionamento de medicamentos será uma condição necessária, ainda que insuficiente, para o cumprimento do dever de dispensa, pois sem medicamentos não pode haver cedência, embora possa ocorrer outro evento que afaste o dever ou imponha a recusa, mesmo que o medicamento se encontre aprovisionado. Se se quiser na perspetiva sancionatória, em condições normais, o não aprovisionamento será condição suficiente para o incumprimento do dever de dispensa de fármacos, embora não seja condição necessária para a sanção, pois têm de estar preenchidas as condições fixadas no n.º 1 do artigo 6.º do RJFO ou as assumpções que estão pressupostas na norma [62].

XIII. Mais: tendo por base um raciocínio derrotável, assente numa lógica não-monotónica [63], se estiverem preenchidas as condições hipotéticas previstas no artigo 6.º e a farmácia não se encontrar aprovisionada com o medicamento pretendido, o cumprimento do dever de dispensa pode ainda ocorrer se o farmacêutico repor com "*a brevidade possível*" o medicamento esgotado (n.º 2 do artigo 35.º do RJFO e 36.º do RJFORAA). Adiante examinaremos esta norma.

XIV. A *fatispecies* do artigo 6.º do RJFO/RJFORAA exige o medicamento como suporte material ou enquanto objecto que permita o cumprimento do dever de dispensa. Não é objectiva, física ou cientificamente possível executar uma norma que determina a obrigatoriedade de dispensar ou recusar a dispensa de *x* quando *x* não existe. A aplicação de uma norma jurídica sem objecto representa, pois, uma impossibilidade. Aceitar-se a conclusão de que, em condições normais, o não aprovisionamento de medicamentos na farmácia é conforme com o dever de

61. Por exemplo, o elemento mercúrio é condição suficiente para ser metal, mas não é condição necessária uma vez que há outros metais que não o mercúrio. «Ser veículo» é uma condição necessária para «ser um carro», mas «ser um carro» não é uma condição necessária – mas tão só suficiente – para «ser veículo» (existem outros veículos que não carros, mas todos os carros são veículos), cfr. Walter Sinnott-Armstrong/Robert J. Fogelin, *Understanding Arguments – An Introduction to Informal Logic*, 9th ed., USA, 2015, pp. 215 e ss.

62. Ou seja, pode até a farmácia não ter aprovisionado o medicamento e ainda assim não praticar qualquer ilícito contra-ordenacional. Para tanto, basta não ocorrer a assumpção pressuposta no artigo 6.º em haver um pedido do medicamento pelo cliente da farmácia.

63. O raciocínio derrotável, na sua versão mais forte, respeita à circunstância de ser *"possível que, apesar do escopo da regra estar determinado correctamente e a regra ser aplicada a um determinado caso para produzir a conclusão C, é possível formular a razão R e rejeitar a conclusão C"* (tradução nossa), cfr. Michal Araszkiewicz, Legal Rules: defeasible or indefeasible?, in *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Switzerland, 2015, p. 420. A não-monotonicidade é uma propriedade lógica e refere-se às conclusões derivadas de um determinado conjunto de premissas não serem necessariamente preservadas quando esse conjunto é expandido. Um conjunto lógico é monotónico se, e apenas se, a conclusão C segue logicamente do conjunto de premissas P, e no caso do subconjunto P1 também se segue a conclusão C – será não-monotónico no caso contrário, isto é, quando propriedades contingentes derrotam determinada conclusão que segue correctamente das premissas, sem no entanto destruir a conclusão, cfr. Michal Araszkiewicz, Legal Rules, p. 417; Luis Duarte d'Almeida, *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford, 2015, p. 19 e ss.; Ferrer Béltran/Giovanni B. Ratti, Validity and Defeasibility in the Legal Domain, *Law and Philosophy*, 29, 2010, pp. 601-626.

dispensa de medicamentos resulta numa asserção que, na nossa opinião, não é verdadeira nem falsa, mas simplesmente sem sentido.

XV. O dever de dispensa de medicamentos, como obrigação jurídica, pressupõe uma prestação de facto material, traduzindo-se numa actividade infungível do devedor da prestação, o proprietário da farmácia e o director técnico, destinada ao fornecimento de medicamentos à população. É pois outro erro confundir a prestação em si (o dever de dispensa) com o objecto da prestação (o medicamento) [(64)].

XVI. Finalmente, do ponto de vista sistemático, a interpretação do Tribunal não só colide com normas paramétricas que orbitam em redor do direito fundamental objectivo à protecção da saúde, indicadas *supra*, como contradiz os deveres do director técnico em *"assegurar que a farmácia dispõe de um aprovisionamento suficiente de medicamentos"* (alínea *g*) do artigo 21.º do RJFO e alínea *g*) do artigo 22.º do RJFORAA), ou a obrigação de o farmacêutico dispor "*permanentemente*" de três medicamentos entre os cinco mais baratos no mercado (n.º 2 do artigo 120.º-A do RJMUH e n.º 1 do artigo 35.º do RJFO).

8. A reposição de medicamentos esgotados

I. O Tribunal da Comarca dos Açores socorreu-se lateralmente do artigo 36.º do RJFORAA (com redacção similar no n.º 2 do artigo 35.º do RJFO) a fim de reforçar a sua interpretação. O artigo 36.º do RJFORAA refere que *"as farmácias devem providenciar, com a brevidade possível, a obtenção dos medicamentos solicitados que se encontrem esgotados e a dispensa destes medicamentos, após a sua reposição, é insusceptível de originar qualquer acréscimo de pagamento"*.

II. A norma não distingue se o esgotamento do medicamento foi causado pela farmácia ou pelo distribuidor ou armazenista. Por conseguinte, o comando do artigo 36.º do RJFORAA (e n.º 2 do artigo 35.º do RJFO) aplica-se indistintamente às causas do esgotamento, seja da responsabilidade do farmacêutico seja do armazenista/distribuidor. Mas é ao farmacêutico, em particular o director técnico, a quem cabe o ónus de obter o medicamento esgotado, o que não se confunde com a causa que o originou. A possibilidade de reposição de medicamentos esgotados deve ser perspectivada como um subconjunto integrado no conjunto do dever de dispensa, não impedindo o cumprimento do dever de recusa (fig. 1 *supra*).

III. A expressão *"brevidade possível"* tem uma textura aberta, mas nem por isso imprecisa ou indeterminável. Desde logo, haverá que distinguir as situações que com elevado grau de certeza estão incluídas na previsão da norma das que com semelhante grau de certeza estão excluídas, reservando a análise para os casos

64. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. revista e actualizada, Coimbra, 2013, 2.ª reimpr., p. 691 e ss.; Luís M. T. de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, I, 3.ª ed., Coimbra, 2003, p. 131.

problemáticos de incerteza lexical [65]. Não parece haver dúvida de que a elocução *"brevidade possível"* aplica-se ao dever de dispensa de medicamentos. O dever de dispensa é o predicador da norma constante no artigo 36.º do RJFORAA e n.º 2 e 4 do artigo 35.º RJFO (*"...devem providenciar, com a brevidade possível, (....) e a dispensa destes medicamentos, (...) é insusceptível...*"). Também parece pacífico que a impossibilidade de reposição do medicamento com a *"brevidade possível"* incluirá as situações de impossibilidade objectiva (*v.g.* justo impedimento). Aparentemente, e só aparentemente, pode afigurar-se duvidoso se a norma abrangerá situações de impossibilidade subjectiva.

IV. Deixe-se falar a norma: em primeiro lugar, a dispensa do medicamento deve ser efectuada com *brevidade*, isto é, com celeridade, rapidez, prontidão, mesmo que implique custos acrescidos para a farmácia. Por essa razão a regra prevê que a reposição do medicamento é insusceptível de qualquer acréscimo no preço final (artigo 36.º *in fine* RJFORAA e n.º 4 do artigo 35.º do RJFO). A *brevidade* na reposição não pode, assim, frustrar o interesse do cliente que recorre à farmácia, credor da prestação de dispensa de medicamentos.

V. Em segundo lugar, no que concerne à condição de *possibilidade*, se consideramos inquestionável admitir a justificação do esgotamento de medicamentos por impossibilidade objectiva, isto é, resultante de factos ou de actos não imputáveis ao devedor da dispensa medicamentos, já a admissibilidade do esgotamento por impossibilidade subjectiva, resultante de actos imputáveis ao devedor da prestação, requer a apresentação de motivos ou razões que a justifiquem.

VI. O dever de dispensa é, desde logo, infungível. Ora, se se admitisse o esgotamento de medicamentos por impossibilidade subjectiva – como fez o Tribunal – o dever de dispensa de medicamentos quedar-se-ia ineficaz, pondo em risco o que direito fundamental (objectivo e subjectivo) à protecção da saúde pretendeu assegurar. Quando a nós, basta a interpretação sistemática e conforme à Constituição, nomeadamente no que respeita ao direito fundamental à proteção da saúde, para se concluir que o dever de dispensa de medicamentos não pode ser inutilizado de modo tão fútil. O âmbito lexical da elocução *"brevidade possível"* não pode, assim, abranger situações de impossibilidade subjectiva, sob pena de contradição insanável.

VII. O esgotamento do medicamento por razões de impossibilidade objectiva abrange as situações em que o farmacêutico não consegue disponibilizá-lo porque o distribuidor ou armazenista não tem o medicamento disponível para venda; porque o laboratório que o produz não o comercializa em Portugal; porque a produção do medicamento foi descontinuada; porque surgiram atrasos no transporte para a entrega, etc. Nestes casos, o cumprimento da prestação de dispensa de medicamentos fica frustrada, mas modo justificado.

VIII. As situações de impossibilidade subjectiva, imputáveis apenas ao devedor

65. David Duarte, Linguistic Objectivity, pp. 127 e 128.

de dispensa de medicamentos (a farmácia), não devem ser confundidas com as situações de mora no cumprimento, isto é, quando a ruptura do aprovisionamento, ainda que imputável à farmácia, não frustra o interesse do credor ou é observado um prazo razoável para o cumprimento da prestação [(66)]. Nestes casos, não há um verdadeiro incumprimento do dever de dispensa, mas uma dilação do cumprimento (*v.g.* o funcionário ou director técnico da farmácia, por lapso não aprovisionou o medicamento previamente ao pedido). São para estas situações que o artigo 36.º do RJFORAA e os n.os 2 e 4 do artigo 35.º do RJFO se dirigem, ou seja, para os casos em que há mora no cumprimento do dever de dispensa de medicamentos, temporariamente esgotados na farmácia, cabendo a esta suportar todos os custos envolvidos com a rápida reposição. O que é compatível com a sanção contra-ordenacional, tão só por esta ser aplicável aos casos de incumprimento definitivo em que se frustra o interesse do credor na prestação. Ou seja, o artigo 36.º do RJFORAA e n.º 2 do 35.º do RJFO, ao admitirem a reposição de medicamentos esgotados, não excluem nem excepcionam, e muito menos se incompatibilizam, com o princípio do dever de dispensa de medicamentos pelas farmácias [(67)].

9. Conclusões

I. Rememorando a lição de Larenz, *"a toda a norma jurídica pertence, como pano de fundo indispensável para a sua compreensão, a realidade social em resposta à qual foi concebida, a realidade jurídica aquando do seu surgimento e a realidade social actual à qual deve operar. O jurista tem de atender aos factos sociais a que se refere uma norma e tomá-los em conta quando interpreta"*. Ainda segundo o insígne Professor, *"na jurisprudência trata-se, para além da compreensão de expressões linguísticas, do sentido normativo que a elas corresponde. É de expressões linguísticas que se trata, tanto nas leis como nas*

66. Recorremos a conceitos típicos do direito civil (*v.g.* artigo 808.º do Código Civil) porque, quanto a nós, há uma clara identidade estrutural na possibilidade de reposição de medicamentos esgotados com as regras e institutos do cumprimento dos contratos no direito civil – sem que com isso se esteja a colocar em causa critérios de pertença. Sobre o critério de pertença entre normas, cfr. Pedro Moniz Lopes, *O Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Coimbra, 2011, pp. 95 e ss.

67. Veja-se o ponto 6 da deliberação do INFARMED n.º 21/CD/2011, de 27 de Janeiro: *"as farmácias de oficina devem dar cumprimento ao dever de fornecimento dos medicamentos solicitados, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, devendo: a) Garantir a sua dispensa, no prazo máximo de 12 horas, para medicamentos que se encontrem esgotados na farmácia mas não o estejam no circuito de distribuição; b) Para medicamentos esgotados no circuito de distribuição, manter evidência das diligências efectuadas com vista à obtenção do seu fornecimento junto dos distribuidores ou dos fabricantes"*. A deliberação do INFARMED não era aplicável supletivamente ao caso concreto, por se tratar de um acto de natureza regulamentar – artigo 115.º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores e artigo 228.º, n.º 2 da CRP, cujas previsões referem-se a lacunas de direito regional com incidência legislativa. Contudo, a inexistência de regulamentação regional não impede a influência, a nível teleológico ou sistemático, da regulamentação administrativa continental na interpretação das normas regulamentares regionais, nem afasta a possibilidade da sua aplicação analógica.

decisões dos tribunais e nos actos administrativos…" [68].

II. O dever de dispensa de medicamentos, a que todas as farmácias comunitárias estão adstritas, é um corolário do direito fundamental à protecção da saúde, tal como plasmado no n.º 1 e na alínea *e*) do n.º 3 do artigo 64.º da CRP, materializando a evolução e a importância social da actividade farmacêutica no quadro da saúde pública.

III. O dever de dispensa de medicamentos, enquanto princípio optimizador, é um atributo constitutivo, e não meramente acessório ou declarativo, da dimensão objectiva e subjectiva do direito fundamental à protecção da saúde e do inerente interesse público que cabe ao Estado assegurar.

IV. Para o integral cumprimento do dever de dispensa, as farmácias devem estar aprovisionadas com medicamentos, enquanto condição necessária, ainda que insuficiente, para o cumprimento do dever de dispensa, plasmado no artigo 6.º do RJFO – pois mesmo com medicamentos aprovisionados pode ainda o farmacêutico negar a dispensa, desde que reunidos os pressupostos ou as condições previstas para o dever de recusa.

V. O não aprovisionamento de medicamentos na farmácia é condição suficiente, ainda que não necessária, para o incumprimento do dever de dispensa, o que não se confunde com a mora no cumprimento que permite a reposição, com a brevidade possível, do medicamento esgotado. A impossibilidade de reposição de medicamentos esgotados deve ser aferida objetivamente, devendo afastar-se a impossibilidade subjetiva, por ser incompatível e desconforme com o dever de dispensa de medicamentos e, em última instância, com o direito fundamental à proteção da saúde.

***

68. Karl Larenz, *Metodologia*, pp. 263 e 282.