



Universidades Lusíada

Amorim, João Pacheco de
Urbano, Ana Filipa

Reserva de atividade de farmácia e liberdade de estabelecimento (art.º 49.º TFUE) : comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 19 de Maio de 2009

<http://hdl.handle.net/11067/1694>
<https://doi.org/10.34628/1rn4-g950>

Metadados

Data de Publicação	2015-10-27
Palavras Chave	Farmácia - Direito e legislação - Países da União Europeia
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 12 (2014)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-20T07:40:16Z com informação proveniente do Repositório

**RESERVA DE ATIVIDADE DE FARMÁCIA
E LIBERDADE DE ESTABELECIMENTO
(ART.º 49.º TFUE)**

**(COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DA UNIÃO EUROPEIA DE 19 DE MAIO DE 2009)**

**João Pacheco de Amorim¹
Ana Filipa Urbano²**

Processos apensos C171/07 e C172/07
Apothekerkammer des Saarlandes e o.
contra
Saarland e Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales
(pedidos de decisão prejudicial apresentados pelo Verwaltungsgericht des
Saarlandes)

«Liberdade de estabelecimento – Artigo 43.º CE – Saúde pública – Farmácias
– Disposições que reservam exclusivamente aos farmacêuticos o direito de
explorar uma farmácia – Justificação – Fornecimento seguro e de qualidade de
medicamentos à população – Independência profissional dos farmacêuticos»

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)
19 de Maio de 2009 ⁽³⁾

«Liberdade de estabelecimento – Artigo 43.º CE – Saúde pública – Farmácias
– Disposições que reservam exclusivamente aos farmacêuticos o direito de

¹ Professor da Universidade Lusíada do Porto.

² Mestranda da Universidade Lusíada do Porto.

³ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62007J0171:PT:HTML#Footnote*

explorar uma farmácia – Justificação – Fornecimento seguro e de qualidade de medicamentos à população – Independência profissional dos farmacêuticos»

Nos processos apensos C171/07 e C172/07, que têm por objecto pedidos de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentados pelo Verwaltungsgericht des Saarlandes (Alemanha), por decisões, respetivamente, de 20 de Março e 21 de Março de 2007, entrados no Tribunal de Justiça em 30 de Março de 2007, nos processos

Apothekerkammer des Saarlandes,
Marion Schneider,
Michael Holzapfel,
Fritz Trennheuser,
Deutscher Apothekerverband eV (C171/07),
Helga NeumannSeiwert (C172/07)
contra
Saarland,
Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales,
sendo interveniente:
DocMorris NV,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção), composto por: V. Skouris, presidente, P. Jann, C. W. A. Timmermans, K. Lenaerts, J.C. Bonichot e T. von Danwitz, presidentes de secção, J. Makarczyk, P. Kūris, E. Juhász, G. Arestis, J. Malenovský (relator), L. Bay Larsen e P. Lindh, juizes, advogado geral: Y. Bot, secretário: M. Ferreira, administradora principal, vistos os autos e após a audiência de 3 de Setembro de 2008, vistas as observações apresentadas:

- em representação da Apothekerkammer des Saarlandes, de M. Schneider, M. Holzapfel, F. Trennheuser e da Deutscher Apothekerverband eV, por J. Schwarze, professor, assistido por C. Dechamps, Rechtsanwalt,
- em representação de H. NeumannSeiwert, por H.U. Dettling, Rechtsanwalt,
- em representação do Saarland e do Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales, por W. Schild, na qualidade de agente, assistido por H. Kröniger, Rechtsanwalt,
- em representação da DocMorris NV, por C. König, professor, assistido por F. Diekmann, Rechtsanwältin,
- em representação do Governo alemão, por M. Lumma e C. SchulzeBar, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo helénico, por E. Skandalou, na qualidade de agente,
- em representação do Governo francês, por G. de Bergues e B. Messmer, na qualidade de agentes,
- em representação da Irlanda, por D. O'Hagan, na qualidade de agente, assistido por A. Collins, SC, e N. Travers, BL,

- em representação do Governo italiano, por I. M. Braguglia, na qualidade de agente, assistido por G. Fiengo, avvocato dello Stato,
- em representação do Governo neerlandês, por Y. de Vries, na qualidade de agente,
- em representação do Governo austríaco, por C. Pesendorfer e T. Kröll, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo polaco, por E. Ośniecka-Tamecka e M. Kapko, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo finlandês, por J. Himmanen e A. GuimaraesPurokoski, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão das Comunidades Europeias, por E. Traversa e H. Krämer, na qualidade de agentes, ouvidas as conclusões do advogado geral na audiência de 16 de Dezembro de 2008, profere o presente.

Acórdão

1. Os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto a interpretação dos artigos 43.º CE, 48.º CE e de princípios de direito comunitário.

2. Estes pedidos foram apresentados no âmbito de dois litígios que opõem, por um lado, a Apothekerkammer des Saarlandes, M. Schneider, M. Holzapfel, F. Trennheuser e a Deutscher Apothekerverband eV (C171/07) e, por outro, H. NeumannSeiwert (C172/07) ao Saarland (Land do Sarre) e ao Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales (Ministério da Justiça, da Saúde e dos Assuntos Sociais, a seguir «Ministerium»), a respeito da legislação nacional que reserva a propriedade e a exploração das farmácias exclusivamente aos farmacêuticos.

Quadro jurídico Regulamentação comunitária

3. O vigésimo sexto considerando da Directiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais (JO L 255, p. 22), enuncia:

«A presente diretiva não assegura a coordenação de todas as condições de acesso às atividades do domínio farmacêutico e do seu exercício. Nomeadamente, a repartição geográfica das farmácias e o monopólio de distribuição de medicamentos devem continuar a ser matéria da competência dos EstadosMembros. A presente diretiva em nada altera as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EstadosMembros que proibem às sociedades o exercício de determinadas atividades de farmácia ou o sujeitam a determinadas condições.»

4. Este considerando retoma, no essencial, o segundo considerando da Directiva 85/432/CEE do Conselho, de 16 de Setembro de 1985, relativa à coordenação das

disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a certas atividades do sector farmacêutico (JO L 253, p. 34; EE 06 F3 p. 28), e o décimo considerando da Diretiva 85/433/CEE do Conselho, de 16 de Setembro de 1985, relativa ao reconhecimento mútuo dos diplomas, certificados e outros títulos em farmácia, incluindo medidas destinadas a facilitar o exercício efectivo do direito de estabelecimento para certas atividades do sector farmacêutico (JO L 253, p. 37; EE 06 F3 p. 25), tendo estas directivas sido revogadas com efeitos a partir de 20 de Outubro de 2007 e substituídas pela Directiva 2005/36.

Legislação nacional

5. Nos termos do § 1 da Lei sobre as farmácias (Gesetz über das Apothekenwesen), na versão publicada no BGBl. 1980 I, p. 1993, conforme alterada pelo Regulamento de 31 de Outubro de 2006 (BGBl. 2006 I, p. 2407, a seguir «ApoG»):

«(1) Compete às farmácias assegurar, no interesse público, a distribuição de medicamentos ao público, nos termos da lei.

(2) Quem pretenda explorar uma farmácia, e até três sucursais, deve obter o respectivo alvará das autoridades competentes.

(3) O alvará é pessoal e é concedido apenas para os locais nele designado.»

6. O § 2 da ApoG dispõe:

«(1) O alvará é concedido, mediante requerimento, desde que o requerente:

- 1- seja alemão, na aceção do artigo 116.º da Lei Fundamental [Grundgesetz], ou nacional de um dos outros EstadosMembros da União Europeia, ou de um dos Estados signatários do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu [...];

- 2- tenha plena capacidade jurídica;

- 3- esteja habilitado, na aceção da legislação alemã, a exercer a profissão de farmacêutico;

- 4- possua a idoneidade necessária para a exploração de uma farmácia;

[...]

- 7- não seja inapto, em termos de saúde, para dirigir uma farmácia;

[...]

(4) Mediante requerimento, o alvará para a exploração de diversos estabelecimentos é concedido se

- 1- O requerente preencher as condições enumeradas nos n.os 1 a 3 no que respeita a cada um dos estabelecimentos;

- 2- A farmácia e as sucursais previstas se situarem dentro da mesma circunscrição administrativa [«Kreis»], da mesma cidade, ou em circunscrições administrativas e cidades vizinhas.

(5) As disposições da presente lei aplicam-se mutatis mutandis à exploração de diversos estabelecimentos, sendo que

- 1- quem explora está obrigado a dirigir pessoalmente a farmácia;

- 2- relativamente a cada sucursal, a pessoa que explora está obrigada a

designar por escrito um farmacêutico responsável, que deve garantir o respeito das obrigações impostas pela presente lei e pelo regulamento relativo aos farmacêuticos gerentes no que respeita à gestão da farmácia.

[...]

7. O § 7 da ApoG enuncia:

«O alvará obriga o farmacêutico a dirigir a farmácia sob sua responsabilidade pessoal. [...]

8. O § 8 da ApoG tem a seguinte redação:

«Uma farmácia só pode ser explorada por várias pessoas em conjunto, sob a forma de sociedade civil ou de sociedade em nome coletivo; neste caso, todos os sócios deverão ter alvará. [...]

9. O § 13, n.º 1, da ApoG dispõe:

«Em caso de falecimento do titular do alvará, os respetivos herdeiros podem confiar a um farmacêutico a gerência da farmácia durante doze meses no máximo.»

10. Nos termos do § 14 da ApoG, os hospitais podem optar por confiar o seu aprovisionamento em medicamentos a uma farmácia interna, isto é, uma farmácia explorada nas instalações do hospital em causa, à farmácia de outro hospital ou ainda a uma farmácia situada fora de um estabelecimento hospitalar. O alvará para explorar uma farmácia interna é concedido desde que o estabelecimento hospitalar prove, nomeadamente, que recrutou um farmacêutico que satisfaz as condições fixadas no § 2, n.º 1, pontos 1 a 4, 7 e 8, da mesma lei.

Litígios nos processos principais e questões prejudiciais

11. A DocMorris NV (a seguir «DocMorris») é uma sociedade anónima estabelecida nos Países Baixos que exerce, nomeadamente, a atividade de venda de medicamentos por correspondência. Por decisão de 29 de Junho de 2006, o Ministerium concedeu-lhe, com efeitos a partir de 1 de Julho de 2006, o alvará para explorar, como sucursal, uma farmácia em Saarbrücken (Alemanha), sob reserva da contratação por essa sociedade de um farmacêutico encarregado de dirigir pessoalmente e sob sua responsabilidade a farmácia em causa (a seguir «decisão de 29 de Junho de 2006»).

12. Em 2 e 18 de Agosto de 2006, os recorrentes nos processos principais interuseram recursos para o Verwaltungsgericht des Saarlandes (Tribunal Administrativo do Land do Sarre) tendo por objeto a anulação da decisão de 29 de Junho de 2006.

13. Nesses recursos, sustentaram que a referida decisão é contrária à ApoG, porquanto viola o chamado princípio da «Fremdbesitzverbot», isto é, o princípio que reserva exclusivamente aos farmacêuticos o direito de ser proprietários de uma farmácia e explorá-la, tal como resulta das disposições conjugadas do § 2, n.º 1, ponto 3, e dos §§ 7 e 8 da ApoG (a seguir «regra de exclusão dos não farmacêuticos»).

14. O Ministerium, apoiado pela DocMorris, alegou que a decisão de 29 de Junho de 2006 é válida uma vez que era obrigado a não aplicar as referidas disposições da ApoG por estas violarem o artigo 43.º CE, que garante a liberdade de estabelecimento. Com efeito, uma sociedade de capitais que explore legalmente uma farmácia num Estado Membro não tem acesso ao mercado alemão das farmácias. Ora, uma restrição desta natureza não é necessária à realização do objetivo legítimo de protecção da saúde pública.

15. Nestas condições, o Verwaltungsgericht des Saarlandes decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais, as quais estão redigidas em termos idênticos nos dois processos C171/07 e C172/07:

«1) Devem as disposições relativas à liberdade de estabelecimento das sociedades de capitais (artigos 43.º CE e 48.º CE) ser interpretadas no sentido de que se opõem à [regra de exclusão dos não farmacêuticos], prevista [nas disposições conjugadas do] § 2, n.º 1, pontos 1 a 4 e 7, [e dos §§] 7, primeiro período, e [...] 8, primeiro período, da [ApoG]?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão:

Tem uma autoridade nacional o direito e o dever, com base no direito comunitário e tendo especialmente em consideração o artigo 10.º CE e o princípio do efeito útil [do direito comunitário], de não aplicar as disposições de direito nacional por si consideradas contrárias ao direito comunitário, mesmo que não esteja em causa uma violação evidente do direito comunitário e que a incompatibilidade de tais disposições com o direito comunitário não tenha sido declarada pelo Tribunal de Justiça?»

16. Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 2007, os processos C171/07 e C172/07 foram apensos para efeitos das fases escrita e oral e do acórdão.

Quanto às questões prejudiciais:

Quanto à primeira questão:

17. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se os artigos 43.º CE e 48.º CE se opõem a uma legislação nacional como a que está em causa nos processos principais, que impede os não farmacêuticos de serem proprietários e de exercerem a atividade de exploração de farmácias.

Observações preliminares:

18. Em primeiro lugar, resulta tanto da jurisprudência do Tribunal de Justiça como do artigo 152.º, n.º 5, CE e do vigésimo sexto considerando da Diretiva 2005/36 que o direito comunitário não viola a competência dos Estados-Membros para regularem os seus sistemas de segurança social e para adotarem, em particular, disposições destinadas a organizar serviços de saúde como os estabelecimentos

farmacêuticos. Contudo, no exercício desta competência, os EstadosMembros devem respeitar o direito comunitário, designadamente as disposições do Tratado relativas às liberdades de circulação, incluindo a liberdade de estabelecimento. As referidas disposições comportam a proibição de os EstadosMembros introduzirem ou manterem restrições injustificadas ao exercício dessas liberdades no domínio dos cuidados da saúde (v., neste sentido, acórdãos de 16 de Maio de 2006, Watts, C372/04, Colet., p. I4325, n.os 92 e 146, e de 10 de Março de 2009, Hartlauer, C169/07, ainda não publicado na Coletânea, n.º 29).

19. Na apreciação do respeito desta obrigação, importa ter em conta que a saúde e a vida das pessoas ocupam o primeiro lugar entre os bens e interesses protegidos pelo Tratado e que cabe aos Estados Membros decidir o nível a que pretendem assegurar a proteção da saúde pública e o modo como esse nível deve ser alcançado. Dado que este nível pode variar de um Estado Membro para outro, há que reconhecer aos Estados Membros uma margem de apreciação (v., neste sentido, acórdãos de 11 de Dezembro de 2003, Deutscher Apothekerverband, C322/01, Colet., p. I14887, n.º 103; de 11 de Setembro de 2008, Comissão/Alemanha, C141/07, ainda não publicado na Coletânea, n.º 51; e Hartlauer, já referido, n.º 30).

20. Em segundo lugar, cumpre referir que nem a Diretiva 2005/36 nem nenhuma outra medida de aplicação das liberdades de circulação garantidas pelo Tratado preveem condições de acesso às atividades do sector farmacêutico que precisem o círculo de pessoas que têm o direito de explorar uma farmácia. Consequentemente, a legislação nacional deve ser examinada apenas à luz das disposições do Tratado.

21. Em terceiro lugar, há que salientar que o regime aplicável às pessoas encarregadas do fornecimento a retalho de medicamentos varia de um Estado Membro para outro. Enquanto que, em certos Estados Membros, apenas os farmacêuticos independentes podem ser titulares de farmácias e explorá-las, outros EstadosMembros admitem que pessoas sem a qualidade de farmacêutico independente sejam proprietários de uma farmácia e confiem a sua gerência a farmacêuticos assalariados.

Quanto à existência de uma restrição à liberdade de estabelecimento

22. Segundo jurisprudência assente, o artigo 43.º CE opõe-se a qualquer medida nacional que, embora aplicável sem discriminação em razão da nacionalidade, seja suscetível de afetar ou de tornar menos atrativo o exercício, pelos nacionais comunitários, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado (v., designadamente, acórdãos de 31 de Março de 1993, Kraus, C19/92, Colet., p. I1663, n.º 32, e de 14 de Outubro de 2004, Comissão/Países Baixos, C299/02, Colet., p. I 9761, n.º15).

23. Constitui, nomeadamente, uma restrição na aceção do artigo 43.º CE uma legislação que faça depender o estabelecimento, no Estado Membro de

acolhimento, de um operador económico de outro Estado Membro da emissão de uma autorização prévia e que reserve o exercício de uma atividade não assalariada a determinados operadores económicos que obedeçam a exigências predeterminadas cujo respeito condiciona a emissão dessa autorização. Uma legislação desta natureza desencoraja, e até impede, operadores económicos de outros EstadosMembros de exercerem, no Estado Membro de acolhimento, as suas atividades por intermédio de um estabelecimento estável (v., neste sentido, acórdão Hartlauer, já referido, n.os 34, 35 e 38).

24. A regra de exclusão dos não farmacêuticos constitui uma restrição dessa natureza porquanto reserva a exploração de farmácias exclusivamente aos farmacêuticos, privando os outros operadores económicos do acesso a esta atividade não assalariada no Estado Membro em causa.

Quanto à justificação da restrição da liberdade de estabelecimento:

25. As restrições à liberdade de estabelecimento, aplicáveis sem discriminação em razão da nacionalidade, podem ser justificadas por razões imperiosas de interesse geral, desde que sejam adequadas para garantir a realização do objectivo por elas prosseguido e não ultrapassem o necessário para alcançar esse objetivo (v. acórdão Hartlauer, já referido, n.º 44).

26. Nos processos principais, importa referir, em primeiro lugar, que a legislação em causa é aplicável sem discriminação em razão da nacionalidade.

27. Em segundo lugar, a proteção da saúde pública figura entre as razões imperiosas de interesse geral que podem justificar restrições à liberdade de estabelecimento (v., designadamente, acórdão Hartlauer, já referido, n.º 46).

28. Mais precisamente, restrições às referidas liberdades de circulação podem ser justificadas pelo objetivo de assegurar um fornecimento seguro e de qualidade de medicamentos à população (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Deutscher Apothekerverband, n.º 106, e Comissão/Alemanha, n.º 47).

29. Em terceiro lugar, cumpre examinar se a regra de exclusão dos não farmacêuticos é adequada para garantir esse objetivo.

30. A este respeito, importa que, quando subsistam incertezas quanto à existência ou à importância de riscos para a saúde das pessoas, o Estado Membro possa tomar medidas de proteção sem ter de aguardar que a realidade desses riscos seja plenamente demonstrada. Além disso, o Estado Membro pode tomar as medidas que reduzam, tanto quanto possível, um risco para a saúde pública (v., neste sentido, acórdão de 5 de Junho de 2007, Rosengren e o., C170/04, Colet., p. I4071, n.º 49), incluindo, mais precisamente, um risco para o fornecimento seguro e de qualidade de medicamentos à população.

31. Neste contexto, deve sublinhar-se o carácter muito especial dos medicamentos, uma vez que os respetivos efeitos terapêuticos os distinguem substancialmente das outras mercadorias (v., neste sentido, acórdão de 21 de Março de 1991, Delattre, C369/88, Colet., p. I1487, n.º 54).

32. Esses efeitos terapêuticos têm a consequência de os medicamentos, se forem consumidos sem necessidade ou de modo incorreto, poderem prejudicar gravemente a saúde, sem que o paciente disso possa ter consciência no momento da sua administração.

33. Um consumo excessivo ou uma utilização incorreta de medicamentos origina, além disso, um desperdício de recursos financeiros que é tanto mais prejudicial quanto é certo que o sector farmacêutico gera custos consideráveis e deve responder a necessidades crescentes, e que os recursos financeiros que podem ser consagrados aos cuidados de saúde não são, independentemente do modo de financiamento utilizado, ilimitados (v., por analogia, no que respeita aos cuidados hospitalares, acórdãos de 13 de Maio de 2003, MüllerFauré e van Riet, C385/99, Colet., p. I4509, n.º 80, e Watts, já referido, n.º 109). A este respeito, importa sublinhar que existe um nexo direto entre estes recursos financeiros e os lucros dos operadores económicos ativos no sector farmacêutico, porquanto os encargos com a prescrição de medicamentos são assumidos, na maioria dos EstadosMembros, pelos organismos de seguro de doença em causa.

34. Vistos os riscos para a saúde pública e para o equilíbrio financeiro dos sistemas de segurança social, os EstadosMembros podem sujeitar as pessoas encarregadas do fornecimento a retalho dos medicamentos a exigências estritas, designadamente no tocante às suas modalidades de comercialização e à angariação de lucros. Em particular, podem, em princípio, reservar a venda a retalho dos medicamentos exclusivamente aos farmacêuticos, em razão das garantias que estes últimos devem prestar e das informações que devem estar em condições de poder dar ao consumidor (v., neste sentido, acórdão Delattre, já referido, n.º 56).

35. A este respeito, tendo em conta a faculdade reconhecida aos EstadosMembros de decidir do nível de proteção da saúde pública, há que admitir que estes podem exigir que os medicamentos sejam distribuídos por farmacêuticos que gozem de uma verdadeira independência profissional. Podem também tomar medidas capazes de eliminar ou reduzir o risco de essa independência ser prejudicada, pois tal prejuízo seria de natureza a afetar o nível de fornecimento seguro e de qualidade da distribuição de medicamentos à população.

36. Neste contexto, impõe-se distinguir três categorias de potenciais exploradores de farmácias, a saber, a das pessoas singulares que têm a qualidade de farmacêutico, a das pessoas que operam no sector dos produtos farmacêuticos como fabricantes ou grossistas e a das pessoas que não têm a qualidade de farmacêutico nem operam no referido sector.

37. No que respeita ao explorador que tem a qualidade de farmacêutico, não se pode negar que, à semelhança de outras pessoas, prossegue o objetivo de obtenção de lucros. Todavia, como farmacêutico de profissão, está obrigado a explorar a farmácia não com um objetivo puramente económico mas também numa ótica profissional. O seu interesse privado na realização de lucros é dessa forma temperado pela sua formação, experiência profissional e responsabilidade que lhe incumbe, visto que uma eventual violação das normas legais ou

deontológicas fragiliza não apenas o valor do seu investimento mas igualmente a sua própria existência profissional.

38. Ao contrário dos farmacêuticos, os não farmacêuticos não têm, por definição, uma formação, uma experiência e uma responsabilidade equivalentes à dos farmacêuticos. Nestas condições, há que concluir que não apresentam as mesmas garantias que as fornecidas pelos farmacêuticos.

39. Consequentemente, um Estado Membro, no âmbito da sua margem de apreciação evocada no n.º 19 do presente acórdão, pode entender que, diversamente de uma farmácia explorada por um farmacêutico, a exploração de uma farmácia por um não farmacêutico pode representar um risco para a saúde pública, em particular para a segurança e a qualidade do fornecimento a retalho dos medicamentos, pois a angariação de lucros no quadro de tal exploração não inclui elementos moderadores como os recordados no n.º 37 do presente acórdão, que caracterizam a atividade dos farmacêuticos (v., por analogia, no que respeita à prestação de serviços de assistência social, acórdão de 17 de Junho de 1997, *Sodemare e o.*, C70/95, Colet., p. I3395, n.º 32).

40. Assim, no quadro da referida margem de apreciação, um Estado Membro tem, nomeadamente, legitimidade para avaliar se esse risco existe no que respeita a fabricantes e grossistas de produtos farmacêuticos, com o fundamento de que estes podem prejudicar a independência dos farmacêuticos assalariados, incentivando-os a promover os medicamentos que eles próprios produzem ou comercializam. De igual modo, um Estado Membro pode apreciar se existe o risco de quem explora uma farmácia sem ter a qualidade de farmacêutico prejudicar a independência dos farmacêuticos assalariados, incentivando-os a escoar medicamentos cujo armazenamento deixa de ser rentável, ou se existe o risco de essas mesmas pessoas procederem a reduções de despesas de funcionamento suscetíveis de afetar as modalidades em que os medicamentos são distribuídos a retalho.

41. Nas observações que apresentaram ao Tribunal de Justiça, a *DocMorris* e a Comissão das Comunidades Europeias alegaram igualmente que, nos processos principais, a regra de exclusão dos não farmacêuticos não pode ser justificada pelo interesse geral, porquanto a forma como esse objetivo é prosseguido é incoerente.

42. A este respeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que uma legislação nacional só é apta a garantir a realização do objetivo invocado se responder verdadeiramente à intenção de o alcançar de uma forma coerente e sistemática (v. acórdãos de 6 de Março de 2007, *Placanica e o.*, C338/04, C359/04 e C360/04, Colet., p. I1891, n.os 53 e 58; de 17 de Julho de 2008, *Corporación Dermostética*, C500/06, ainda não publicado na Coletânea, n.os 39 40; e *Hartlauer*, já referido, n.º 55).

43. Neste contexto, importa sublinhar que a legislação nacional não exclui de forma absoluta a exploração de farmácias por não farmacêuticos.

44. Antes de mais, o § 13, n.º 1, da *ApoG* prevê, a título excecional, que os herdeiros de um farmacêutico que não sejam eles mesmos farmacêuticos podem explorar a farmácia que herdaram durante um período máximo de doze meses.

45. Todavia, esta exceção justifica-se à luz da proteção dos direitos e interesses patrimoniais legítimos dos membros da família do farmacêutico falecido. A este respeito, deve referir-se que os Estados-Membros podem considerar que os interesses dos herdeiros de um farmacêutico não são suscetíveis de pôr em causa as exigências e garantias decorrentes das respectivas ordens jurídicas que devem ser satisfeitas por quem tem a qualidade de farmacêutico. Neste contexto, há que ter sobretudo em consideração a circunstância de que a farmácia objeto de herança deve ser explorada, durante todo o período transitório, sob a responsabilidade de um farmacêutico diplomado. Por conseguinte, os herdeiros não podem, neste contexto concreto, ser equiparados a quem explora uma farmácia sem ter a qualidade de farmacêutico.

46. Além disso, cumpre salientar que a referida exceção apenas tem efeitos temporários, porquanto os herdeiros devem efetuar a transferência dos direitos de exploração da farmácia para um farmacêutico no prazo de doze meses.

47. Deste modo, esta exceção destina-se a permitir aos sucessores legais ceder a farmácia a um farmacêutico num prazo razoável, podendo, assim, considerar-se que não apresenta um risco para a segurança e a qualidade do fornecimento de medicamentos à população.

48. Seguidamente, o mencionado risco também não é suscetível de resultar do facto de os hospitais poderem explorar farmácias internas. Com efeito, estas últimas não se destinam a assegurar o fornecimento de medicamentos a pessoas externas a esses hospitais, mas a fornecer medicamentos aos estabelecimentos onde estão implantadas. Assim, os hospitais que exploram as referidas farmácias não podem, em princípio, influir no nível geral de segurança e de qualidade do fornecimento de medicamentos à totalidade da população. Além disso, tendo em conta que esses estabelecimentos hospitalares são prestadores de cuidados médicos, nenhum elemento permite presumir que tivessem interesse em realizar lucros em detrimento dos doentes aos quais se destinam os medicamentos das farmácias neles implantadas.

49. Por último, embora a referida legislação permita que os farmacêuticos explorem até três sucursais de uma mesma farmácia, esta possibilidade está sujeita a diversas condições destinadas a salvaguardar os imperativos relativos à saúde pública. Desde logo, as sucursais são exploradas sob a própria responsabilidade do farmacêutico em causa, o qual determina, portanto, a respetiva política comercial geral. As referidas sucursais devem assim ser exploradas numa ótica profissional, sendo o interesse privado na realização de lucros temperado na mesma medida que no caso da exploração de farmácias sem o estatuto de sucursais. Seguidamente, essas sucursais devem estar situadas num determinado perímetro geográfico a fim de assegurar uma presença suficiente nas mesmas do farmacêutico que as explora e uma vigilância efetiva por parte do mesmo farmacêutico. Por último, o farmacêutico titular está obrigado a designar, para cada sucursal, um farmacêutico responsável que deve zelar pelo respeito das obrigações legais e pela conformidade da gestão da sucursal em causa com a

política comercial geral determinada pelo farmacêutico que explora a farmácia.

50. Uma vez que a exploração das referidas sucursais está sujeita a estas condições, a legislação em causa nos processos principais não pode ser considerada incoerente.

51. Tendo em conta as considerações precedentes, deve concluir-se que a legislação em causa nos processos principais é adequada para garantir a realização do objetivo de assegurar o fornecimento seguro e de qualidade de medicamentos à população e, portanto, a proteção da saúde pública.

52. Em quarto lugar, importa examinar se a restrição à liberdade de estabelecimento não vai além do que é necessário para alcançar o referido objetivo, isto é, se não existem medidas menos restritivas da liberdade garantida pelo artigo 43.º CE que permitissem alcançá-lo de forma igualmente eficaz.

53. A este respeito, a DocMorris e a Comissão alegam no Tribunal de Justiça que o referido objetivo poderia ser alcançado por medidas menos restritivas, como a obrigação da presença de um farmacêutico no estabelecimento, a obrigação de subscrever um contrato de seguro ou um sistema de controlos adequados e de sanções eficazes.

54. Todavia, atendendo à margem de apreciação deixada aos Estados-Membros, como foi recordada no n.º 19 do presente acórdão, um Estado-Membro pode considerar que existe o risco de as normas legais destinadas a garantir a independência profissional das farmacêuticos não serem observadas na prática, uma vez que o interesse de um não farmacêutico na realização de lucros não seria moderado de uma maneira equivalente ao dos farmacêuticos independentes e a subordinação dos farmacêuticos, enquanto assalariados, a alguém que explora a farmácia poderia fazer com que lhes fosse mais difícil oporem-se às instruções dadas por essa pessoa.

55. Ora, além de considerações de ordem geral, a Comissão não apresentou nenhum elemento capaz de demonstrar qual o sistema concreto suscetível de garantir – com a mesma eficácia que a regra de exclusão dos não farmacêuticos – que as referidas normas legais não são inobservadas na prática, apesar das considerações enunciadas no número anterior do presente acórdão.

56. Além disso, contrariamente ao que sustentam a DocMorris e a Comissão, os riscos para a independência da profissão de farmacêutico também não podem ser afastados, com a mesma eficácia, através da obrigação de subscrição de um seguro, como o contrato de seguro de responsabilidade civil por atos de terceiros. Com efeito, embora esta medida pudesse permitir ao paciente obter uma reparação financeira por danos eventualmente sofridos, tem lugar a posteriori e seria menos eficaz que a referida regra na medida em que não impediria de modo algum que o explorador em causa exerça influência sobre os farmacêuticos assalariados.

57. Nestas condições, não está demonstrado que uma medida menos restritiva da liberdade de estabelecimento garantida pelo artigo 43.º CE, diversa da norma de exclusão dos não farmacêuticos, permitiria assegurar, de forma

igualmente eficaz, o nível de segurança e de qualidade do fornecimento de medicamentos à população que resulta da aplicação desta norma.

58. Consequentemente, a legislação nacional em causa nos processos principais mostra-se apta a garantir a realização do objetivo por ela prosseguido e não excede o que é necessário para o atingir. Por conseguinte, cumpre reconhecer que as restrições decorrentes da referida legislação podem ser justificadas por esse objetivo.

59. Esta conclusão não é posta em causa pelo acórdão de 21 de Abril de 2005, Comissão/Grécia (C140/03, Colet., p. I3177), invocado pelo Saarland, pelo Ministerium, pela DocMorris e pela Comissão, no qual o Tribunal de Justiça declarou que a República Helénica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º CE e 48.º CE ao adotar e manter em vigor disposições nacionais que fazem depender a possibilidade de uma pessoa coletiva abrir um estabelecimento de ótica, nomeadamente, da condição de que a autorização para criar e explorar esse estabelecimento seja emitida em nome de um técnico de ótica, pessoa singular autorizada, e de que o titular da autorização para explorar o estabelecimento participe em, pelo menos, 50% do capital social, bem como nos seus lucros e perdas.

60. Tendo em conta o carácter especial dos medicamentos, bem como do seu mercado, e no estado actual do direito comunitário, as conclusões do Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Grécia, já referido, não são transponíveis para o domínio do fornecimento a retalho de medicamentos. Com efeito, diversamente dos produtos de ótica, os medicamentos prescritos ou utilizados por razões terapêuticas podem, apesar de tudo, ser gravemente prejudiciais à saúde se forem consumidos sem necessidade ou de modo incorreto, sem que o paciente disso possa ter consciência no momento da sua administração. Além disso, a venda de medicamentos sem justificação médica acarreta um desperdício de recursos financeiros públicos que não é comparável ao que resulta de vendas injustificadas de produtos de ótica.

61. Atendendo às considerações precedentes, há que responder à primeira questão que os artigos 43.º CE e 48.º CE não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que impede as pessoas que não têm a qualidade de farmacêutico de serem proprietários de farmácias e explorá-las.

Quanto à segunda questão:

62. Tendo em conta a resposta dada à primeira questão, não há que responder à segunda questão.

Quanto às despesas:

63. Revestindo o processo, quanto às partes nas causas principais, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este

decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

Os artigos 43.º CE e 48.º CE não se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que impede as pessoas que não têm a qualidade de farmacêutico de serem proprietários de farmácias e explorá-las.

Comentário

1. A uma empresa holandesa dedicada à venda de medicamentos por correspondência – a «DocMorris NV» – foi concedida, por decisão de 29 de Junho de 2006 do Ministério da Justiça, Saúde e Assuntos Sociais do Land (Estado Federado) alemão do Sarre (doravante Ministério) o alvará para explorar, como sucursal, uma farmácia na cidade de Saarbrücken, sob reserva de contratação por aquela sociedade comercial de um farmacêutico encarregado de dirigir pessoalmente e sob sua responsabilidade a farmácia em causa.

Em 2 de Agosto de 2006 a Câmara dos Farmacêuticos (Apothekerkammer) do Land do Sarre interpôs um recurso contencioso da referida decisão para o Tribunal Administrativo do Land do Sarre (Verwaltungsgericht des Saarlandes), sustentando ser ela contrária à Lei Alemã das Farmácias (Gesetz über das Apothekenwesen – ApoG), por violar o chamado princípio da «Fremdbesitzverbot», isto é, o princípio que naquele país reserva exclusivamente aos farmacêuticos o direito de ser proprietário de uma farmácia e explorá-la, tal como resulta das disposições conjugadas do § 2, n.º 1, ponto 3, e dos §§ 7 e 8 da ApoG («regra de exclusão dos não farmacêuticos»).

Alegou por seu turno o Ministério, apoiado pela DocMorris (sendo mais tarde, já no âmbito do reenvio prejudicial, um e outra secundados por seu turno pela Comissão Europeia), ser a decisão de 29 de Junho de 2006 válida, por não estar ele obrigado a aplicar as referidas disposições da ApoG na medida em que estas violariam o artigo 43.º TCE (atual 49.º TFUE), que garante a liberdade de estabelecimento: é que uma sociedade de capitais que explorasse legalmente uma farmácia num Estado Membro não teria acesso ao mercado alemão das farmácias, não sendo uma restrição desta natureza necessária à realização do objetivo legítimo de proteção da saúde pública.

O Tribunal Administrativo do Sarre decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), ao abrigo do mecanismo de reenvio prejudicial, as seguintes questões prejudiciais: «1) Devem as disposições relativas à liberdade de estabelecimento das sociedades de capitais (artigos 43.º CE e 48.º CE [atuais art.ºs 49.º 54.º TFUE]) ser interpretadas no sentido de que se opõem à [regra de exclusão dos não farmacêuticos], prevista [nas disposições conjugadas do] § 2, n.º 1, pontos 1 a 4 e 7, [e dos §§] 7, primeiro período, e [...] 8,

primeiro período, da [ApoG]? 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: tem uma autoridade nacional o direito e o dever, com base no direito comunitário e tendo especialmente em consideração o artigo 10.º CE (atual art.º 4.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia) e o princípio do efeito útil [do direito comunitário], de não aplicar as disposições de direito nacional por si consideradas contrárias ao direito comunitário, mesmo que não esteja em causa uma violação evidente do direito comunitário e que a incompatibilidade de tais disposições com o direito comunitário não tenha sido declarada pelo Tribunal de Justiça?»

Tomou o TJUE em consideração, desde logo, o vigésimo sexto considerando da Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais (JO L 255, p. 22), que sublinha o não assegurar a diretiva “a coordenação de todas as condições de acesso às atividades do domínio farmacêutico e do seu exercício”, nomeadamente o monopólio de distribuição de medicamentos, as quais devem continuar a ser matéria da competência dos EstadosMembros, em nada alterando “as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EstadosMembros que proíbem às sociedades o exercício de determinadas atividades de farmácia ou o sujeitam a determinadas condições”.

Conclui o TJUE o não se oporem os artigos 43.º CE e 48.º CE (atuais art.ºs 49.º e 54.º TFUE) a uma legislação nacional que impede as pessoas que não têm a qualidade de farmacêutico de serem proprietários de farmácias e explorá-las. É certo, nota o Tribunal, que esta regra de exclusão dos não farmacêuticos constitui uma restrição na aceção do artigo 48.º CE (atual art.º 54.º TFUE) porquanto reserva a exploração de farmácias exclusivamente aos farmacêuticos, privando os outros operadores económicos do acesso a esta atividade não assalariada no Estado Membro em causa. Contudo, entende o TJUE que esta restrição pode ser justificada pela proteção da saúde pública, mais precisamente pelo objetivo de assegurar um fornecimento seguro e de qualidade de medicamentos à população.

A este respeito – continua o Tribunal – os efeitos terapêuticos dos medicamentos, que os distinguem substancialmente de outras mercadorias, têm a consequência de, sendo aqueles consumidos sem necessidade ou de modo incorreto, poderem prejudicar gravemente a saúde, sem que o paciente disso possa ter consciência no momento da sua administração. Um consumo excessivo ou uma utilização incorreta de medicamentos origina, além disso, um desperdício de recursos financeiros, que é tanto mais prejudicial quanto é certo que o setor farmacêutico gera custos consideráveis e deve responder a necessidades crescentes, e que os recursos financeiros que podem ser consagrados aos cuidados de saúde não são, independentemente do modo de financiamento utilizado, ilimitados. Para o TJUE existe assim um nexo direto entre estes recursos financeiros e os lucros dos operadores económicos ativos no sector farmacêutico, pois o custo dos medicamentos é coberto, na maior parte dos EstadosMembros, pelos respetivos organismos de seguro de doença.

Atentos os riscos para a saúde pública e para o equilíbrio financeiro dos

sistemas de segurança social, segundo o entendimento perfilhado pelo Tribunal podem os EstadosMembros sujeitar as pessoas encarregadas da distribuição a retalho dos medicamentos a exigências estritas, designadamente no tocante às suas modalidades de comercialização e à angariação de lucros – podendo, em particular, reservar a venda a retalho dos medicamentos unicamente aos farmacêuticos, em razão das garantias que estes últimos devem prestar e das informações que devem estar em condições de poder dar ao utente/consumidor. Mais concretamente, e tendo em conta a faculdade reconhecida aos EstadosMembros de decidir do nível de proteção da saúde pública, estes podem exigir que os medicamentos sejam distribuídos por farmacêuticos que gozem de uma verdadeira independência profissional, podendo também tomar medidas capazes de eliminar ou reduzir o risco de essa independência ser prejudicada, pois tal prejuízo seria de natureza a afetar o nível do fornecimento seguro e de qualidade de medicamentos à população.

Ora, sublinha ainda o TJEU, dado que nos não farmacêuticos falta, por definição, uma formação, uma experiência e uma responsabilidade equivalentes às dos farmacêuticos e não apresentam, conseqüentemente, as mesmas garantias que as fornecidas pelos farmacêuticos, gozam os EstadosMembro, no âmbito da sua margem de apreciação, da faculdade de considerar que, diversamente de uma farmácia explorada por um farmacêutico, a exploração de uma farmácia por um não farmacêutico pode representar um risco para a saúde pública, em particular para a segurança e a qualidade da distribuição a retalho dos medicamentos, por não incluir a angariação de lucros no quadro de tal exploração elementos moderadores como a formação, a experiência profissional e a responsabilidade que incumbe aos farmacêuticos e que caracterizam a sua atividade.

E por não considerar o Tribunal que se tivesse demonstrado no processo que uma medida menos restritiva das liberdades garantidas pelo artigo 43.º TCE (atual 49.º TFUE), diversa da norma de exclusão dos não farmacêuticos, permitiria assegurar o nível de segurança e de qualidade do fornecimento de medicamentos à população que resulta da aplicação desta norma, a regulamentação nacional em causa no processo principal mostra-se apta a garantir a realização do objetivo por si prosseguido e não excede o que é necessário para o atingir. Em particular, conclui o TJUE, um Estado Membro pode considerar que existe o risco de as normas legais que protegem a independência profissional dos farmacêuticos não serem observadas ou serem contornadas na prática; e, de igual modo, os riscos relativos à segurança e à qualidade do fornecimento de medicamentos à população não podem ser afastados, com a mesma eficácia, através da obrigação de subscrição de um seguro, pois tal meio não impede necessariamente que o explorador em causa exerça influência sobre os farmacêuticos assalariados⁴.

2. Que se nos oferece dizer? Desde logo, que bem andou o TJUE em

⁴ Acaba de se transcrever na anotação, quase literalmente, o resumo do Acórdão, que se apoia sobretudo nos pontos n.os 24, 2728, 3135, 3739, 54, 5758 – e que se optou por não se reproduzir ab initio, a fim de facilitar a descrição do caso prévia à nossa apreciação.

confirmar a preservação da margem de liberdade dos Estados-membros em tão delicada matéria, apesar do substancial contributo que, em prol do direito de estabelecimento e da liberdade de circulação de serviços, o direito comunitário tem vindo a dar para a diluição em algumas vertentes da distinção entre a liberdade de empresa e o direito de propriedade das respetivas participações sociais, por um lado, e a liberdade de profissão, por outro, por via nomeadamente do conceito amplo de empresa vigente neste ordenamento, em sede das ditas liberdades de estabelecimento e de circulação de serviços, e da liberdade de concorrência.

Temos vindo pois a assistir neste plano supranacional a uma aproximação do regime do trabalho autónomo em geral (e das profissões liberais em particular) ao regime (mais) “desregulamentado” das empresas, com progressiva abolição das tradicionais restrições já acima referidas em matéria de limitação da responsabilidade, concorrência, publicidade, tabelas de preços dos serviços prestados, etc.

Note-se sobretudo que o direito comunitário não conhece a “distinção direito civil – direito comercial”, pelo que as suas regras – em particular os artigos 49.º e ss. do TFUE “relativos à liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços – são à partida aplicáveis desde que se exerça uma atividade económica”, o que acontece também com o chamado trabalho autónomo, levando o TJUE a proceder sistematicamente a uma interpretação restritiva das exceções àquelas liberdades⁵.

Naturalmente, nesta matéria de direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços constitui o particular regime do reconhecimento mútuo de diplomas uma exceção ao esbatimento da destringência jurídica entre os trabalhadores não-assalariados e as empresas conhecida do direito interno da maioria dos Estados-membros. Com efeito, destina-se tal regime a eliminar os obstáculos ao direito de estabelecimento e à livre prestação de serviços no espaço comunitário decorrentes das particulares exigências em matéria de qualificação profissional previstas nos ordenamentos internos para o exercício de determinadas profissões protegidas – e constitui o mesmo regime uma exceção à intermutabilidade dos conceitos de profissão liberal e empresa na medida em que as qualificações profissionais são por definição atributos atinentes aos indivíduos isoladamente considerados.

Todavia, o direito da União dissociou a atividade de farmácia do conteúdo funcional mínimo da reserva de profissão agregada ao título profissional de farmacêutico protegido pelas diretivas – o que não admira, pois em alguns países da União (como o Reino Unido, a Irlanda e a Bélgica) tal atividade não está mais associada à imagem daquela profissão, impossibilitando um «mínimo denominador comum». Mas não deixou o TJUE de fazer apelo ao interesse público fundamental em jogo da saúde pública que preside à atividade de farmácia, assim

⁵ Nicole Decoopman, *Entreprises libérales, entreprises commerciales*, «La-Semaine-Juridique - Juris-Classeur-Periodique»; 67, 1993, pp. 185 e ss..

como à formação e responsabilidade que incumbe ao farmacêuticos e que os distingue dos demais empreendedores – em virtude (leia-se nas entrelinhas) de estarmos perante uma profissão intelectual protegida em razão da importância dos interesses públicos envolvidos pelo respetivo exercício, e que implica o domínio pelo farmacêutico academicamente titulado de uma ciência, exercício esse que está por tudo isto sujeito a um código deontológico especialmente exigente atuado por uma também muito exigente entidade reguladora (a saber, a respetiva ordem ou câmara profissional).

O Tribunal rejeitou ainda o paralelismo invocado pela DocMorris, pelo Estado do Sarre e pela Comissão entre a atividade de farmácia e a atividade de venda a retalho de equipamentos de ótica, que uma lei grega reservava parcialmente aos técnicos de ótica diplomados, normativo este que o Ac. TJUE de 21 de Abril de 2005 (Comissão/Grécia, C-140/03, Colet., p. 1-3177) declarou incompatível com os atuais art.ºs 49.º e 54.º TFUE. A rejeição pelo TJUE desse acórdão como precedente a considerar deve-se à diferente intensidade que, para o guardião dos Tratados, apresentam os interesses públicos em jogo num e noutro caso. Mas aqui era, e é válido, a nosso ver, também e sobretudo o argumento (que do mesmo modo não foi também expressamente invocado) da formação e da responsabilidade dos profissionais em causa num e noutro caso: é que não são igualmente equiparáveis a formação técnico-científica e a responsabilidade deontológica e profissional do farmacêutico, de uma banda, e do técnico ótico do estabelecimento de venda dos referidos produtos, de outra banda.

3. Vale a pena salientar um último aspeto: sublinha o Acórdão o vigésimo sexto considerando da Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais (JO L 255, p. 22), onde se refere o não assegurar a diretiva “a coordenação de todas as condições de acesso às atividades do domínio farmacêutico e do seu exercício”, nomeadamente “a repartição geográfica das farmácias e o monopólio de distribuição de medicamentos”, que “devem continuar a ser matéria da competência dos EstadosMembros”. O TJUE teve a ocasião de se pronunciar ex professo sobre esta matéria, no Ac. de 1 de Junho de 2010, Blanco Pérez e Chao Gómez, proc.ºs C-570/07 e C-571/07: decidiu o Tribunal interpretar o art.º 49.º TFUE no sentido de não se opor este normativo à legislação de um Estado membro limitadora das autorizações para estabelecimento de novas farmácias, que institua um sistema de vagas em razão de critérios populacionais e geográficos.

Esta não era – e não é – todavia questão que se ponha na Alemanha, desde a célebre «sentença das farmácias» (Apotheken-Urteil), em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão desenvolveu a «teoria dos degraus».

Neste julgamento debruçou-se o Tribunal de Karlsruhe sobre uma lei restritiva que fixava pressupostos objetivos (estranhos à pessoa do pretendente, que assim em nada poderia contribuir para a sua verificação) para o acesso à profissão de farmacêutico – designadamente a lei do Parlamento do Estado da Baviera, de 16 de Maio de 1952. A referida lei fazia depender a outorga da

licença para a abertura do estabelecimento farmacêutico (no termo original, *betriebslaubnis*), para além de certos requisitos subjetivos (nomeadamente, a posse do título académico adequado, a nacionalidade alemã, cinco anos de prática desde a obtenção do título e um local para a abertura do estabelecimento) de uma prévia apreciação das necessidades da população em termos de abastecimento de medicamentos; para além disso, deveria a Administração certificar-se, segundo a mesma lei, que a exploração de qualquer nova farmácia seria empreendida em bases rentáveis, não podendo ainda a sua criação comprometer a situação económica dos estabelecimentos já existentes (pelo menos ao ponto de não se poder mais garantir as condições mínimas da sua exploração).

O TCFA declarou a nulidade destas disposições, por violação do art.º 12.1 da Lei Fundamental alemã (liberdade de profissão). Apesar de a saúde pública ter merecido aos juízes o qualificativo de “bem coletivo de importância capital” (primeiro requisito), depois de obter o parecer de peritos (alemães e estrangeiros), não adquiriram os juízes a convicção de que um sistema de liberdade total de estabelecimento pudesse vir a perturbar o abastecimento regular de medicamentos ao ponto de fazer perigar tal bem. Depositou o Tribunal, pois, a sua confiança mais nas virtualidades do sistema de mercado, como a melhor solução para a necessária adaptação da rede de distribuição de medicamentos às mudanças na densidade populacional, do que no sistema de transferência e criação de estabelecimentos farmacêuticos através do exercício do poder discricionário da Administração.

O Tribunal ignorou, pura e simplesmente, os chamados “interesses da categoria”, não lhes fazendo sequer qualquer referência, e também não se impressionou particularmente com o alegado perigo de uma “concorrência desenfreada” afetar a moral da profissão, levando os farmacêuticos, ao debaterem-se com dificuldades financeiras, a iludir as normas de segurança prejudiciais à mesma venda: o mesmo perigo existiria para outras profissões, como a medicina (relativamente à prestação de serviços médicos), e nunca ninguém se lembrara de levantar tal obstáculo à liberdade de escolher essa profissão. Dando ainda provas, para além do mais, de um apreciável bom senso, chamou o TCFA a atenção para o facto de o incumprimento das obrigações profissionais resultar mais do desejo de maiores ganhos (muitas vezes da parte de quem já muito ganha), do que propriamente da emergência de dificuldades financeiras. E, enfim, lembrou ainda que para a proteção de tal interesse sempre poderia recorrer o legislador à via repressiva, prevendo a penalização do infrator (primeiro “degrau” – restrições ao exercício) ou a ainda prévia limitação do acesso à profissão da posse dos requisitos subjetivos da idoneidade técnico-científica (licenciatura em ciências farmacêuticas) e da idoneidade moral (segundo “degrau” – pressupostos subjetivos) – bastando assim para a salvaguarda de tal bem intervenções com um menor grau de ingerência.

Naturalmente, este é um aspeto que contende com os direitos constitucionais internos dos Estados membros: enquanto constituições mais protetoras dos

direitos fundamentais, com a alemã e a portuguesa, proíbem este tipo mais gravoso de ingerências na liberdade económica, outros textos básicos poderão consenti-las. Mas tal garantia não constitui a este nível um «mínimo denominador comum» que deva ser tomado em consideração para efeitos da liberdade fundamental comunitária de estabelecimento: compreende-se por isso a posição de cautela nesta matéria quer da diretiva de reconhecimento mútuo de diplomas, quer da jurisprudência do TJUE.