



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

PARECER Nº 764 EHSN/CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.223389/2011-51

INTERESSADO: Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos.

ASSUNTO: Manifestação acerca do acórdão TCU – Plenário – nº 2.918/2011, quanto à ausência de autorização por lei específica e natureza jurídica do subsídio destinado às farmácias e drogarias da rede privada participantes do Programa Farmácia Popular do Brasil.

I – Manifestação acerca do acórdão TCU – Plenário – nº 2.918/2011, quanto à ausência de autorização por lei específica e natureza jurídica do subsídio destinado às farmácias e drogarias da rede privada participantes do Programa Farmácia Popular do Brasil.

Senhora Coordenadora de Legislação e Normas,

1. Em obediência ao contido no artigo 11, incisos I e V, da Lei Complementar nº. 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), encontram-se nesta Consultoria Jurídica os autos do processo em epígrafe, referente à manifestação acerca do acórdão TCU – Plenário – nº 2.918/2011, quanto à ausência de autorização por lei específica e natureza jurídica do subsídio destinado às farmácias e drogarias da rede privada participantes do Programa Farmácia Popular do Brasil.

2. Inicialmente, cabe destacar o que dispõe a Lei Complementar nº. 73, de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, naquilo que trata da competência das Consultorias Jurídicas dos Ministérios:

“Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no **caput** deste artigo;

(...)

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;” (grifo nosso).

3. À fl. 02 dos autos, o Diretor do Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, pugna pela manifestação desta Consultoria concernente ao entendimento exarado no âmbito Acórdão TCU - Plenário - nº 2.918/2011. Trata-se de Acórdão proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União no âmbito do Processo TC-027.102/2010-6, de relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro José Jorge, no qual, dentre outras decisões, acordam os Ministros daquela egrégia Corte de Contas em levar ao conhecimento da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que aquele Tribunal entende que as despesas realizadas no âmbito do Programa Farmácia Popular do Brasil, sistema de copagamento

junto à rede privada de farmácias e drogarias sem a contraprestação direta em bens ou serviços à Administração, reclama pela edição de lei específica que autorize e disponha sobre a sua concessão.

4. O Programa Farmácia Popular do Brasil foi criado pela Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, ao autorizar a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) a disponibilizar medicamentos, mediante ressarcimento, visando à população o acesso a produtos básicos e essenciais à saúde a baixo custo. Este ressarcimento, ainda nos termos da Lei sobredita, deve corresponder, tão somente, aos custos de produção ou aquisição, distribuição e dispensação. Para tanto, a Fiocruz ficou autorizada a firmar convênios com a União, com os estados e municípios e contratos de fornecimento com produtores de medicamentos e outros insumos necessários para a atenção à saúde, devendo a execução dessas ações não afetar, de forma prejudicial, o abastecimento da rede pública nacional do SUS.

5. O Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004, regulamentou a Lei nº 10.858, de 2004, e instituiu o programa Farmácia Popular do Brasil, considerando a necessidade da implementação de ações que promovessem a universalização do acesso da população a medicamentos, que a meta de assegurar medicamentos básicos e essenciais à população envolve a disponibilização de medicamentos a baixo custo para os cidadãos que são assistidos pela rede privada e a necessidade de proporcionar diminuição do impacto causado pelos gastos com medicamentos no orçamento familiar, ampliando o acesso aos tratamentos. Nesta monta, o Decreto sobredito dispôs no parágrafo 1º do artigo 1º que a disponibilização de medicamentos, por intermédio do Programa Farmácia Popular, deve ser efetivada em farmácias populares, por intermédio de convênios firmados com estados, Distrito Federal, municípios e hospitais filantrópicos, bem como em rede privada de farmácias e drogarias, sendo que, em se tratando de disponibilização por intermédio da rede privada de farmácias e drogarias, o preço do medicamento será subsidiado.

6. No exercício da competência atribuída pelo artigo 5º do Decreto sobredito, que lhe incumbiu a tarefa de expedir normas complementares à implantação do Programa, o Ministério da Saúde expediu, inicialmente, a Portaria GM/MS nº 1.579, de 30 de julho de 2004, que constituiu Grupo de Trabalho no âmbito do Ministério da Saúde, a Portaria GM/MS nº 1.651, de 11 de agosto de 2004, que dispunha sobre o modelo de gestão do Programa Farmácia Popular do Brasil e a Portaria GM/MS nº 2.587, de 6 de dezembro de 2004, que instituiu o incentivo financeiro do Programa Farmácia Popular do Brasil.

7. No entanto, no que tange à matéria tratada no presente processo, especial atenção merece o conteúdo da Portaria GM/MS nº 491, de 9 de março de 2006, que dispõe sobre a “expansão do Programa Farmácia Popular do Brasil”. Nos termos da referida Portaria, a expansão do Programa consiste no pagamento, pelo Ministério da Saúde, de percentual do Valor de Referência, por unidade farmacotécnica, do princípio ativo de medicamentos, para dispensação diretamente no comércio farmacêutico, mediante complementação, pelo paciente, da diferença para o preço de venda da correspondente apresentação que lhe foi prescrita ou do genérico equivalente. A bem da verdade, a referida Portaria não trouxe qualquer tipo de inovação, posto que tão apenas propôs-se a regulamentar a parte final do parágrafo 1º do artigo 1º do Decreto nº 5.090, de 2004, que, tal qual exposto anteriormente, estabelece que a disponibilização de medicamentos, por intermédio do Farmácia Popular, efetiva-se, também, por intermédio da rede privada de farmácias e drogarias. A partir da expansão do Farmácia Popular, portanto, o referido Programa passou a possuir as feições atuais, ou seja, a dispensação de medicamentos por meio da Rede Própria, constituídas por Farmácias Populares, em parceria com os estados, Distrito Federal, Municípios e hospitais filantrópicos, e o atualmente denominado “Aqui Tem Farmácia Popular”, constituído por meio de convênios com a rede privada de farmácias e drogarias (onde se aplica o mecanismo de copagamento em questão).

8. Extrai-se do voto do Ministro Relator do processo TC 027.102/2010-6, que foi acompanhado pelo plenário do TCU no âmbito do Acórdão - TCU - Plenário nº 2.918/2010, objeto da presente análise, que “o mecanismo de copagamento do Programa Farmácia Popular (...) não se amolda

perfeitamente às hipóteses previstas em lei”, afastando, desta forma, a aplicação da Lei 4.320¹, de 17 de março de 1967. A seguir, o Ministro Relator argüi que “parece haver certa confusão terminológica (...) ou, ainda, uma tendência a se considerar subsídio como uma espécie de subvenção econômica²” e por fim conclui que “sejam os recursos da Farmácia Popular definidos como subsídio ou subvenção econômica (...) é imprescindível a prévia autorização legislativa, por intermédio de lei específica, para que seja possível a destinação de recursos para cobrir necessidades de pessoas físicas como as aqui focadas”. Para tanto, o Ministro entende que é o que estabelece a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 26, a saber:

Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

9. O dispositivo transcrito acima estabelece os requisitos para que os recursos públicos sejam destinados, direta ou indiretamente, para cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas e, dentre estes requisitos, consta a autorização por lei específica. A análise perfunctória do dispositivo transcrito acima leva à conclusão de que, uma vez que o Farmácia Popular visa a satisfazer algumas necessidades das pessoas no campo da saúde, então é necessário a edição de lei específica para a destinação de recursos por este programa. No entanto, um parco estudo de aprofundamento na norma suscitada revela que tal disposição consiste, em verdade, na atividade financeira que o Estado desenvolve de modo supletivo à atividade de iniciativa privada, quando coloca recursos financeiros de sua propriedade à disposição da iniciativa privada, com a finalidade de socorrer pessoas físicas em suas carências financeiras ou os déficits das pessoas jurídicas privadas³. Ora, não há de se confundir, portanto, a ampliação do acesso a medicamentos essenciais por pessoas das camadas menos aquinhoadas do estrato social com as necessidades de pessoas físicas estipulada pela Lei de Responsabilidade Fiscal. A bem da verdade, o que busca o artigo 26 transcrito acima é coibir a movimentação de recursos públicos para preenchimento de lacunas financeiras, tanto de pessoas físicas como jurídicas⁴. Por exemplo, o município, segundo critérios definidos na LDO e em lei específica, pode auxiliar pessoas carentes por meio do programa de renda mínima, bolsa-escola, entre tantos outros. Confirma isso a nova classificação orçamentária ao prever os elementos econômicos *Benefício Mensal ao Deficiente e ao Idoso* (3.3.90.06); *Outros Benefícios de Natureza Social* (3.3.90.10); *Auxílio Financeiro a Estudantes* (3.3.90.18); *Auxílio Financeiro a Pesquisadores* (3.3.90.20)⁵.

10. Isto apenas reforça o argumento de que o sistema de copagamento do Programa Farmácia Popular não se amolda perfeitamente às hipóteses previstas em lei, devido à inovação nas práticas administrativas trazidas à baila pelo desenho inovador do programa. Enquanto benefícios como “Renda Mínima”, “Bolsa-Escola” e “Auxílio-Gás” buscam preencher as lacunas financeiras de pessoas físicas, o

¹ Em especial o art. 19, que estabelece a necessidade de lei especial que autorize subvenção econômica. Neste ponto, o Ministro corrobora o entendimento desta Consultoria exarado por meio do Parecer CODELEGIS/CONJUR/GABIN/MS/RR nº 1.180/2010.

² Neste ponto, o Ministro Relator cita em seu voto a definição de subsídio extraída no sítio do Tesouro Nacional, a saber: “Concessão de dinheiro feita pelo governo às empresas para lhes aumentar a renda ou abaixar os preços ou para estimular as exportações do país. Podem também ser concedidas diretamente ao consumidor. Em termos orçamentários, caracteriza uma subvenção econômica.”

³ AGUIAR, Afonso Gomes. *Lei de Responsabilidade Fiscal: Questões Práticas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2001 - p. 135.

⁴ MOTA, Carlos Pinto Coelho e FERNANDES, José Ulisses Jacoby. *Responsabilidade Fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001 - p. 360.

⁵ TOLEDO, Flávio C. e ROSSI, Sérgio Ciguera. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Editora MDJ, 2005 - p. 223.

Farmácia Popular tem por finalidade única a redução do valor final de medicamentos essenciais, como forma de atender ao mandamento constitucional de garantia de acesso universal e igualitário à saúde, mediante políticas sociais e econômicas. Sua finalidade, portanto, não é o suprimento das necessidades das pessoas, mas, antes, a promoção do acesso à saúde.

11. A partir do deslinde da questão, verifica-se, portanto, que não busca o Programa Farmácia Popular conceder subsídio, subvenção ou cobrir necessidades de pessoas físicas – afastando-se as hipóteses legais suscitadas até aqui. A bem da verdade, sua natureza é, desenganadamente, de estímulo à atividade econômica, na fonte de produção, o que deságua na desnecessidade de legislação específica para a sua veiculação por se tratar de objeto de política pública (como exemplos de medidas de natureza semelhantes - mas não idênticas pela ausência de sistema de copagamento - podemos citar o financiamento sem juros de notebook para professores em até 24 meses e financiamento sem juros de 6 mil tratores para pequenos agricultores com 3 anos de carência e 2 anos para pagamento⁶ adotadas pelo Governo de São Paulo). Políticas públicas são entendidas como “o nexó entre teoria e ação do Estado⁷”, consequentemente políticas públicas são construídas dinamicamente, bem como em consonância com as demandas sociais acometidas ao Estado de modo a distribuir os bens sociais conjugando os princípios de justiça, eficiência e equidade. Nessa esteira, impende assinalar que as políticas públicas podem ser efetivadas por meio de legislação ou ato normativo de natureza regulamentar, o que confere à Administração Pública maior dinamismo e capacidade técnico-administrativa de responder às situações fáticas que lhe impõem a adoção de medidas concretas. Corroborando a possibilidade de se ter políticas públicas instituídas por via não legal, Dallari pontua que há políticas com suporte constitucional; políticas com suporte legal e políticas com suporte normativo diferenciado. Como exemplo, cita as próprias normativas expedidas no âmbito do Sistema Único de Saúde e o Decreto que instituiu o Plano Nacional de Saneamento, de 1978⁸. O Programa Farmácia Popular, portanto, se encontra inserido - e devidamente fundamentado - no marco normativo do Sistema Único de Saúde.

12. Por fim, recorrendo ao Parecer CONJUR/MS/GABIN/EL nº 280/06 da lavra desta Consultoria, que analisou juridicamente a Expansão do Programa Farmácia Popular do Brasil quando este ainda se encontrava em fase de estudos, reafirmamos que é bem verdade que, para maior segurança do programa, não seria demais lastreá-lo com aprovação do Poder Legislativo, já oferecida no essencial pela Lei nº 10.858, de 2004, explícita em admitir o ressarcimento dos produtos farmacêuticos, disponibilizados a preço de custo para a população, até aqui sem a sua constitucionalidade formalmente argüida, mas que, no entanto, tal lastreamento não é imprescindível. Ressalte-se, ainda, que o Programa deve ter a sua fundamentação assentada na melhor percepção do ordenamento jurídico em vigor, sem apego excessivo à literalidade dos textos legais, como se abomina na ciência da aplicação do direito, compreendido em seu contexto mais amplo.

CONCLUSÃO

13. A presente análise cingiu-se aos aspectos jurídicos do conteúdo do Acórdão exarado pelo Tribunal de Contas da União acerca da necessidade de lei específica que autorize as despesas realizadas no âmbito da expansão do Programa Farmácia Popular do Brasil. Ante o exposto, conclui esta Consultoria que os recursos destinados ao sistema de copagamento do atualmente denominado “Aqui Tem Farmácia Popular” possui natureza de estímulo à atividade econômica, na fonte de produção, não

⁶ http://www.fiesp.com.br/agencianoticias/2009/02/12/PROEMPREGO_GOV_SP.PDF. acesso em 18.04.2012

⁷ PEDONE, LUIZ. *FORMULAÇÃO, IMPLEMENTAÇÃO e AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS*. São Paulo: FUNCEP, 1986. p. 10.

⁸ DALLARI BUCCI, MARIA PAULA. *O conceito de política pública em direito*. In: DALLARI BUCCI, MARIA PAULA (ORG.). *Políticas Públicas; reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

subsumindo-se, desta forma, às exigências legais suscitadas de obrigatoriedade de edito de lei específica autorizadora por ser objeto de política pública inserida no marco normativo do Sistema Único de Saúde.

14. Propõe-se, portanto, o encaminhamento do presente processo à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos.

À consideração superior.

Brasília, 9 de maio de 2012.

ELIAS HIGINO DOS SANTOS NETO

Advogado da União

Chefe da Divisão de Legislação Aplicada e Estudos Normativos



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

DESPACHO Nº /2012/VAR/CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.223389/2011-51

INTERESSADO: SCTIE/MS

ASSUNTO: Programa Farmácia Popular, natureza jurídica, desnecessidade de lei específica autorizativa.

Referente ao SISCON 3.7

Senhor Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico,

1. Aprovo o Parecer retro, com as complementações que se seguem.
2. Cumpre apenas reiterar que a natureza do Programa Farmácia Popular do Brasil é de ação/serviço de saúde, com finalidade direta de promoção do acesso à saúde. É flagrantemente imprópria, pois, qualquer tentativa de enquadramento do Programa em apreço na vedação contida no art. 26 da Lei Complementar n. 101, de 2000, a chamada Lei de responsabilidade Fiscal, na medida em que nem o o programa não consubstancia intenção de cobrir necessidades de pessoas físicas.
3. Perceba-se que o referido dispositivo legal está inserido em Capítulo denominado “Da destinação de recursos públicos para o setor privado”. Ora, é inequívoco que o Programa Farmácia Popular do Brasil tem por escopo a facilitação na aquisição de medicamentos por doentes já diagnosticados, utilizando-se da rede privada de farmácias apenas como veículo destinado à maior pulverização do Programa no País. Trata-se, pois, de típica ação de saúde promovida pelo Ministério da Saúde, no exercício de suas atribuições legais como gestor nacional do Sistema Único de Saúde. Não há, pois, destinação de recursos públicos para o setor privado, mas, isto sim, há destinação de medicamentos a usuários do Sistema Único de Saúde, utilizando-se as farmácias e drogarias privadas como meros veículos no cumprimento desse mister.
4. Na linha do acórdão do E. TCU, ora em questão, tem-se que as transferências às farmácias e drogarias cadastradas no Programa Aqui Tem Farmácia Popular podem ser classificadas com pagamentos resultantes da compra de medicamentos pelo Poder Público, afastando-se da classificação de subvenção econômica. Para justificar tal assertiva, passa-se a explicitar o conceito de subvenção econômica.
5. De início, cumpre esclarecer que a mera utilização do vocábulo “subsidiado” pelo § 2º do art. 1º do Decreto n. 5.090/2004 não significa, absolutamente, que se quis tratar de subvenção econômica. Isso porque a natureza das despesas não se define pela nomenclatura que lhes é atribuída, assim como chamar o azul de verde não torna verde o que é azul. Desse modo, deve-se perquirir a natureza da despesa pela sua caracterização completa, e não apenas pela nomenclatura utilizada em texto normativo.

6. Em verdade, o texto do art. 1º do Decreto 5.090/2004 já indica a natureza de pagamento de medicamentos pelo Poder Público, ou seja, já indica a natureza de aquisição pelo Poder Público, ainda que de forma peculiar. Isso porque o dispositivo é claro ao prever que o Programa “Farmácia Popular do Brasil” visa à disponibilização de medicamentos em Municípios e Regiões do território nacional, por intermédio de convênios firmados com Estados, Distrito Federal, Municípios, hospitais filantrópicos e rede privada de farmácias e drogarias. Ora, somente se disponibiliza medicamentos por meio de aquisição, e a própria ação de disponibilizar indica a contrapartida obtida pelo Poder Público, qual seja o fornecimento de medicamentos.

7. Voltando à conceituação de subvenção, a Lei nº 4.320, de 1964, as categoriza como sociais e econômicas. As subvenções sociais “devem constituir, fundamentalmente, suplementação aos recursos de origem privada aplicados na prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional.”⁹ Mesmo em análise perfunctória, já é possível perceber que o caso em apreço não trata dessa espécie de subvenção. Já a subvenção econômica “destina-se à cobertura dos déficits de manutenção de empresas públicas, quer dizer, de entidades da Administração indireta”, e que “através do parágrafo único do art. 18, e de suas alíneas a e b, a lei especificou dois outros casos de subvenções econômicas, ambos, embora com outra denominação, para cobrir déficits ou ajudar na manutenção de preços aos produtores.”¹⁰

8. Nesse sentido, as subvenções econômicas destinam-se ao fomento de atividades econômicas, ou seja, seu objetivo precípua é permitir o recebimento por empresas públicas e sociedades de economia mista de transferências correntes para enfrentar seus déficits de manutenção.¹¹ Quanto às alíneas “a” e “b” do art. 18, já referidas, essas se enquadram na Portaria Interministerial nº 163, de 2001, que versa sobre “Equalização de Preços e Taxas”, sendo o propósito de tais subvenções econômicas “incentivar o produtor de gêneros básicos a continuar a produzi-los e manter o preço desses produtos acessível à maior parte da população”.¹²

9. Na mesma linha segue o glossário do Tesouro Nacional, segundo o qual a subvenção econômica é a “alocação destinada à cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas de natureza autárquica ou não, assim como as dotações destinadas a cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda pelo governo de gêneros alimentícios ou outros e também as dotações destinadas ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais”¹³

10. A leitura da legislação de regência e dos ensinamentos da doutrina evidencia que subvenção econômica consiste na transferência de recursos para entidades da Administração Indireta com vistas à cobertura de déficit, ou no auxílio a empresas privadas com o escopo de cobrir diferença de preços de mercado e de revenda ou pagamento de bonificação a produtores de determinados gêneros. Em relação à cobertura de preços, tem-se como exemplo a subvenção econômica ao preço do óleo diesel, que

⁹ MACHADO JR., J. TEIXEIRA; REIS, HERALDO COSTA. *A Lei 4320 comemorada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 31.ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.p.61.

¹⁰ MACHADO JR., J. TEIXEIRA; REIS, HERALDO COSTA. *A Lei 4320 comemorada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 31.ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.p.64.

¹¹ CONTI, JOSÉ MAURICIO. *Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1954 comemorada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹² CONTI, JOSÉ MAURICIO. *Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1954 comemorada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.82.

¹³ Ministério da Fazenda. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/servicos/glossario/glossario_s.asp. Acesso em: 10 ago. 2010.

foi instituída com o objetivo de promover a equalização do preço do óleo diesel marítimo para a frota nacional ao preço efetivamente praticado na venda às embarcações estrangeiras, com vistas ao aumento da rentabilidade do setor pesqueiro e dar competitividade a seus produtos. Quanto ao pagamento de bonificação, exemplifica-se com a concessão de incentivos econômicos a empresas privadas para se instalarem em determinada unidade da Federação.

11. Pelo exposto, constata-se que a sistemática do copagamento adotada no âmbito do Programa Farmácia Popular do Brasil não apresenta nenhuma relação de similaridade com as subvenções econômicas. As subvenções de tal natureza, consoante sua própria denominação, possuem caráter econômico, ou seja, tem como norte o fomento atividade econômica a fim de aquecer setores econômicos específicos. Já o Programa Farmácia Popular traduz-se em verdadeira e genuína política pública de saúde, contando apenas com um sistema de copagamento, também denominado como “taxa moderadora, participação no custeio (*cost-sharing*) ou ainda a contrapartida do usuário”¹⁴.

12. De modo a esclarecer melhor o *cost-sharing* ou copagamento na área da saúde, a literatura científica o define como a técnica de cuidados em saúde com conteúdo oneroso por meio da qual o serviço de saúde é pago parcialmente por pacientes¹⁵. Na medida em que se expõem os contornos conceituais do copagamento inserido na política pública em comento, impõe-se a ilação de que sua natureza jurídica é singular e se mostra necessário demarcá-la como precisão de modo a evitar enquadrá-la em categoria jurídica diversa.

13. Com efeito, no sistema de copagamento não há para o estabelecimento do comércio farmacêutico qualquer bônus adicional, porquanto a finalidade da extensão do Programa Farmácia Popular não é o fomento econômico ou o aumento da margem de lucro da pessoa jurídica de direito privado, mas sim a ampliação do acesso a medicamentos. Sendo assim, constata-se que a subvenção econômica revela-se um instrumento facilitador da atividade econômica e seu fim é a ativação da economia do país, ao passo que o sistema de copagamento da Farmácia Popular não acresce benefício a empresas privadas, na medida em que seu é concretizar o direito humano à saúde. Perceba-se que todos os exemplos listados no acórdão do TCU, especialmente à fl. 12 deste processo, itens 44 a 46, amoldam-se perfeitamente ao objetivo de fomento econômico, muito ao contrário do que ocorre com o Programa Farmácia Popular.

14. Lembre-se, mais uma vez, que há sim contrapartida na sistemática do Programa Farmácia Popular, qual seja a entrega dos medicamentos aos pacientes, de modo a se caracterizar, materialmente, aquisição de bens pelo Poder Público, ainda que de maneira *sui generis*. E cumpre salientar, ainda, que o simples fato de se enquadrar a despesa no elemento 45, que trata da equalização de preços e taxas, também não é suficiente para alterar a sua natureza. Novamente, não se pode pretender definir a natureza jurídica de uma despesa pela sua vinculação aos sistemas instituídos pelo Poder Público. Conforme já se disse, trata-se, sim, de mecanismo *sui generis* e peculiar, em que a aquisição dos medicamentos é feita de forma indireta e mediante comprovação de fornecimento, a partir de preços pré-fixados. Daí a ausência de elemento de despesa que se amolde com perfeição, o que acabou por levar o Fundo Nacional de Saúde a optar pelo elemento de despesa que julgou aplicável à hipótese.

¹⁴ YIANNIA, Sólton Magalhães; PIOLA, Sérgio Francisco; REIS, Carlos Octávio Ocké. *GRATUIDADE NO SUS: CONTROVÉRSIA EM TORNO DO COPAGAMENTO*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/109/111>. Acesso em: 10 ago. 2010.

¹⁵ REMLER, Daxia D.; GREENDE, Jessica. *COST-SHARING: A BLUNT INSTRUMENT*. *ANNUAL REVIEW OF PUBLIC HEALTH*; v. 30: 293-311, 2009.

15. Sendo assim, não se aplica ao caso em análise a imperiosidade de se ter lei regulando a matéria, haja vista que os artigos 19 da Lei nº 4.320/1964 e 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal se limitam a tratar de situações que se amoldam à concessão de subvenções.

16. O E. Tribunal de Contas sustenta ainda que a liquidação da despesa efetivada no âmbito da extensão do Programa Farmácia Popular está em descompasso com o ordenamento jurídico vigente. Parta tanto, afirma que não se ampara no artigo 63 da Lei nº 4.320, de 1964, porquanto tal dispositivo exige a comprovação da entrega do material ou a prestação efetiva do serviço.

17. O dispositivo legal referido dispõe que a liquidação, segunda fase do processo de realização da despesa pública, concerne à apuração do valor exato a ser pago pelo Estado-administração. Há a compensação financeira pelo serviço que lhe foi prestado ou pelo bem que lhe foi fornecido. Sendo assim, impõe-se a verificação do montante a ser pago ao fornecedor do bem ou ao prestador do serviço, uma vez cumprida a seguinte condição: a concreta prestação do serviço ou o efetivo fornecimento do bem, nos moldes da avença que deu causa ao nascimento da relação obrigacional e respeitado as normas aplicáveis à espécie.¹⁶

18. Assim, deve-se fazer a instrução do processo de liquidação em conformidade com “os recíprocos direitos e deveres que permeiam a relação contratual firmada entre a Administração Pública e seus fornecedores ou prestadores de serviços”.¹⁷ Em última instância, liquidar “trata-se de verificar o direito do credor ao pagamento, isto é, verificar se o implemento de condição foi cumprido”¹⁸. Desse modo, o instrumento que baliza tal verificação é o ajuste feito entre as partes envolvidas. No caso, essa verificação deve considerar a disciplina posta pela Portaria regulamentadora do Programa Farmácia Popular, que conforma em seus dispositivos relação de natureza contratual.

19. A teor do contido no parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666, de 1993, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. Com efeito, em sede da extensão do Programa Farmácia Popular, tem-se relação contratual formalizada e configurada de direitos e deveres para as partes da avença. Portanto, em consonância com a Lei nº 4.320, de 1964, há deveres da parte contratada, no caso a farmácia ou drogaria credenciada, cuja implementação é condição para que haja a liquidação.

20. Conforme o artigo 29 da Portaria n. 971/GM/MS, de 15 de maio de 2012, regulamento atual do Programa Farmácia Popular, o pagamento às farmácias e drogarias credenciadas será realizado após o processamento das Autorizações de Dispensação de Medicamentos e Correlatos (ADM) validadas no mês anterior, e o atesto terá por base as informações geradas pelo Sistema Autorizador DATASUS. Para verificação, ficarão disponíveis em sítio eletrônico os relatórios das transações realizadas. Caso o estabelecimento não cumpra as normas estabelecidas pelo Programa caracterizar-se-á irregularidade.

¹⁶ CONTI, José MAURICIO. *Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1954 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁷ CONTI, José MAURICIO. *Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1954 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.189.

¹⁸ MACHADO JR., J. TEIXEIRA; REIS, Heraldo Costa. *A Lei 4320 comentada e a lei de responsabilidade fiscal*. 31.ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.p149.

Portanto, constata-se que a sistemática insculpida no âmbito da extensão do Programa Farmácia Popular se preocupa com os aspectos de regularidade dos pagamentos, assim como se busca, mediante método operacionalizador singular, como o princípio de que o documento de liquidação deve refletir realidade objetiva.

21. Por fim, cumpre salientar que o próprio Ministro José Jorge, relator do acórdão ora debatido, afirmou expressamente que “os gastos referentes ao Programa Farmácia Popular não se enquadram perfeitamente em nenhuma das classificações de despesa pública prevista na Lei n. 4.320/64”. Essa é exatamente a situação, na medida em que se trata de contratação *sui generis*, cuja contraprestação existe e é efetiva, embora siga diretamente para o beneficiário, qual seja o usuário do SUS. Nada obstante, a melhor solução não estabelecer a necessidade de autorização legislativa específica, capitulando a dúvida como se subvenção econômica fosse. Ao revés, a evidente natureza de ação/serviço de saúde autoriza o enquadramento do tema em contratação do Poder Público, inserida no bojo de Política Pública regularmente formulada pelo Ministério da Saúde, na qualidade de gestor nacional do SUS.

22. Ante o exposto, conclui-se pela plena possibilidade de se enquadrar o Programa Farmácia Popular como Política Pública de Saúde, viabilizada de várias formas, dentre elas o credenciamento de farmácias e drogarias privadas, o que caracterizaria forma de contratação administrativa *sui generis*. Sugere-se que a SCTIE/MS considere a possibilidade de encaminhar o caso à Assessoria especializada que existe na Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde, capitaneada pelo Dr. Pedro Palotti, Gestor de Políticas Públicas, para avaliação quanto a possível encaminhamento do tema ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral da União, DEAX/AGU, dada a relevância da matéria.

23. Quanto ao mais, fica aprovada a manifestação retro.

24. À consideração superior.

Brasília-DF, 29 de junho de 2012.

VANESSA AFFONSO ROCHA

Advogada da União

Coordenadora de Legislação e Normas
CODELEGIS/COGEJUR/CONJUR/MS



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE

DESPACHO Nº 5122

/2012/FB/COGEJUR/CONJUR-MS/CGU/AGU

PROCESSO/SIPAR Nº 25000.223389/2011-51

INTERESSADO: José Gustavo Lopes Roriz – Diretor de Auditoria da Área Social (DSSAU/DS/SFC/CGU-PR).

ASSUNTO: Acórdãos do TCU – Plenário – nºs 3.030/2010 e 2.918/2011

Referente ao SISCOB nº 3.7, nº 3.7, nº 3.7 e 15.3

Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde,

Estou de acordo com a manifestação retro, no sentido da viabilidade de execução do Programa Farmácia Popular do Brasil por meio de ato normativo expedido pelo Sr. Ministro de Estado da Saúde, sem necessidade de edição de lei específica para sua veiculação, uma vez que a matéria não se caracteriza como subvenção econômica, como assim entende a Corte de Contas, mas sim como política pública de saúde relativa à execução de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, inserida no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) nos termos dos arts. 6º, I, “d”, e 19-M da Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde), efetivada mediante parceria entre a União, por meio do Ministério da Saúde, e os demais entes federados e hospitais filantrópicos para fornecimento de medicamentos de forma gratuita à população ou por intermédio de contratação direta pelo Ministério da Saúde, por inexigibilidade de licitação, de farmácias e drogarias privadas para serem veículos responsáveis pelo fornecimento de medicamentos aos usuários do SUS, custeados através de copagamento (90% MS e 10% usuário do SUS, nessa parte apenas custeio da parte operacional), sem qualquer vantagem ou benefício financeiro sobre o mercado, ao contrário, porque o setor privado recebe valores tabelados pelo próprio Ministério da Saúde, cuja contraprestação contratual é feita não ao Poder Público, mas sim diretamente pela entrega dos bens aos usuários do SUS, com diminuição de encargos operacionais e custos financeiros para essa finalidade, o que privilegia o princípio constitucional da eficiência e observa a legislação de regência, especialmente os princípios e regras insculpidos no art. 37, XXI, da Constituição Federal e Lei nº 8.666/1993.

À consideração superior, s. m. j.

FABRÍCIO OLIVEIRA BRAGA

Coordenador-Geral de Acompanhamento Jurídico – COGEJUR/CONJUR/MS

De acordo. Encaminhem-se os autos ao DAF/SCTIE/MS, inclusive com sugestão de envio dos autos à SE/MS para nova provocação do TCU sobre o tema, com intermediação do DEAEX/CGU/AGU, para que seja fixada a regularidade do Programa pela Corte de Contas.

Brasília-DF, 2 de julho de 2012.

JEAN KEIJI UEMA

Consultor Jurídico do Ministério da Saúde