

Relatório do Ministro Relator

Trata-se de representação originária da Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), formulada no curso dos trabalhos de auditoria operacional realizada no Programa Farmácia Popular (Sistema de Copagamento) em virtude de questão afeta à legalidade do programa no tocante à transferência de recursos públicos à rede privada de farmácias e drogarias sem a contraprestação direta em bens ou serviços à Administração.

2. O auditor encarregado da instrução do feito historiou e examinou conclusivamente a matéria de fundo nos seguintes termos:

2. Antecedentes

2. O Programa Farmácia Popular atua sobre dois eixos: as Unidades Próprias, em funcionamento desde junho de 2004, que são operacionalizadas pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) em parceria com municípios e estados; e o Sistema de Copagamento, lançado em março de 2006, desenvolvido em parceria com farmácias e drogarias privadas.

3. No primeiro semestre de 2010, a Seprog realizou auditoria operacional no Programa Farmácia Popular - Sistema de Copagamento com o objetivo de avaliar sua operacionalização e os mecanismos de controle existentes para coibir potenciais fraudes e irregularidades (TC 002.985/2010-1). A normatização do programa foi um dos aspectos abordados na auditoria em razão da especificidade de sua operacionalização, que se diferencia da forma tradicional de execução das ações e serviços da área de saúde, principalmente no que diz respeito à descentralização administrativa.

4. Os achados de auditoria foram dispostos no relatório preliminar em 4 capítulos: no capítulo 2 foi tratada a análise jurídica da expansão do programa para a rede privada de farmácias; no capítulo 3 constava a discussão sobre a cobertura e o custo-efetividade do programa; o capítulo 4 cuidou do sistema autorizador de vendas; e o capítulo 5 disse respeito ao monitoramento e controle a cargo do Ministério da Saúde. O relatório preliminar foi encaminhado à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) por meio do Ofício Seprog/TCU nº 144, de 14/07/2010, com a finalidade de se obter os comentários do gestor sobre as questões analisadas por este Tribunal. Às fls. 1 a 36 encontra-se transcrito o inteiro teor do relatório preliminar da auditoria, cujos parágrafos 27 a 64 do capítulo 2 (fls. 7 a 10) e itens I e II da proposta de encaminhamento (fl. 30-verso) trataram-se da matéria a que se dedica esta representação.

5. Os comentários foram remetidos ao TCU pelo Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos (DAF), por meio do Ofício nº 716 DAF/ SCTIE/MS, de 18/08/2010, ao qual se encontra anexado os Pareceres CODELEGIS/CONJUR/GABIN/MS nº 1180 e 1181/2010 (fls. 39 a 55). Foi demonstrada discordância das conclusões da auditoria, que apontaram a inadequação da forma como

foi realizada a expansão do programa, sem a aprovação de lei específica tratando da concessão de subvenção econômica relativa à participação do Governo Federal no Copagamento dos medicamentos.

6. Tendo em vista que as demais questões não foram objeto de grandes controvérsias, estando prontas para serem julgadas pelo TCU, a equipe de auditoria, juntamente com o corpo de dirigentes da Seprog, entendeu adequado tratar de maneira apartada a questão da juridicidade de expansão do programa, por meio do oferecimento de representação. Foi dado prosseguimento à revisão e tramitação do TC 002.985/2010-1, retirando do relatório final o capítulo 2 e as propostas de encaminhamento acima transcritas, de forma a tratá-las em separado.

3. Criação e expansão do Programa Farmácia Popular

7. O Programa Farmácia Popular foi criado pela Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, prevendo a possibilidade de realização de convênios entre a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e a União, estados e municípios, para que aquela fundação pudesse disponibilizar medicamentos pelo preço de custo a esses entes federados. Tendo em vista a relevância da matéria, cabe transcrever texto da mencionada lei:

"Art. 1º Esta Lei trata da disponibilização de medicamentos pela Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz, mediante ressarcimento, visando a assegurar à população o acesso a produtos básicos e essenciais à saúde a baixo custo.

Parágrafo único. Além da autorização de que trata o caput deste artigo, a Fiocruz poderá disponibilizar medicamentos produzidos por laboratórios oficiais da União ou dos Estados, bem como medicamentos e outros insumos definidos como necessários para a atenção à saúde.

Art. 2º A Fiocruz entregará o respectivo medicamento mediante ressarcimento correspondente, tão-somente, aos custos de produção ou aquisição, distribuição e dispensação, para fins do disposto no art. 1º desta Lei.

Art. 3º Para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, a Fiocruz poderá firmar:

I - convênios com a União, com os Estados e com os Municípios; e

II - contratos de fornecimento com produtores de medicamentos e outros insumos necessários para a atenção à saúde.

Art. 4º A Fiocruz poderá, sem prejuízo do disposto nesta Lei, disponibilizar medicamentos e outros insumos oriundos de sua produção a países com os quais o Brasil mantenha acordo internacional, nos termos de regulamento." (grifou-se)

8. O Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004, regulamentou a Lei nº 10.858/2004 e instituiu o Programa Farmácia Popular do Brasil, nos seguintes termos:

"Art. 1º Fica instituído o Programa "Farmácia Popular do Brasil", que visa a disponibilização de medicamentos, nos termos da Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, em municípios e regiões do território nacional.

§ 1º A disponibilização de medicamentos a que se refere o caput será 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.

§ 2º Em se tratando de disponibilização por intermédio da rede privada de farmácia e drogarias, o preço do medicamento será subsidiado.

Art. 2º A Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ será a executora das ações inerentes à aquisição, estocagem, comercialização e dispensação dos medicamentos, podendo para tanto firmar convênios com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sob a supervisão direta e imediata do Ministério da Saúde.

Parágrafo único. O Ministério da Saúde poderá firmar convênio com entidades públicas e privadas, visando à instalação e implantação de novos serviços de disponibilização de medicamentos e insumos, mediante ressarcimento, tão-somente, de seus custos de produção ou aquisição.

Art. 3º O rol de medicamentos a ser disponibilizado em decorrência da execução do Programa "Farmácia Popular do Brasil" será definido pelo Ministério da Saúde, considerando-se as evidências epidemiológicas e prevalências de doenças e agravos." (grifou-se).

9. A norma regulamentar contida no art. 1º, §§ 1º e 2º, que prevê a possibilidade da realização de convênio com a rede privada de farmácias e drogarias, extrapolou a autorização legislativa constante da Lei nº 10.858/2004, inovando o ordenamento jurídico ao estabelecer que "o preço do medicamento será subsidiado". Não há na Lei nº 10.858/2004 qualquer referência à possibilidade de realização de convênio com a rede privada de farmácias e drogarias para fornecimento de medicamentos, com preço subsidiado pelo Governo Federal.

10. Com base nesses normativos, o programa começou a ser operacionalizado, ainda no exercício de 2004, por intermédio de 24 unidades próprias de farmácia, conforme dados do relatório preliminar de auditoria. No exercício de 2005, o número de unidades próprias de farmácia triplicou. Até então não havia participação da rede de farmácias e drogarias privadas na execução do programa.

11. Em 16 de maio de 2005, o Presidente da República enviou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.235, com pedido de urgência, que autorizaria o Poder Executivo a instituir subvenção econômica para disponibilização de medicamentos a baixo custo, no sistema de coparticipação, nos seguintes termos:

"Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir subvenção econômica, que será concedida aos estabelecimentos farmacêuticos varejistas privados, devidamente credenciados, para propiciar a disponibilização de medicamentos específicos a baixo preço.

Parágrafo único. A despesa com a subvenção econômica de que trata o caput será efetuada até o valor da dotação orçamentária específica consignada anualmente no Orçamento da Seguridade Social.

Art. 2º A subvenção econômica de que trata esta Lei corresponderá ao valor obtido pela aplicação de percentual sobre o valor de referência, estabelecido para os medicamentos abrangidos pelo sistema de co-participação, a ser custeado pela União.

Art. 3º A inclusão de determinado medicamento ou grupo de medicamentos no sistema de co-participação deve observar, necessariamente, a relevância de sua indicação em agravos com impactos no sistema de saúde.

[...]

Art. 5º O Poder Executivo regulamentará:

I - as condições operacionais gerais para a implementação, a execução, o pagamento, o controle e a fiscalização da subvenção econômica de que trata esta Lei;

II - as condições para acesso aos benefícios previstos nesta Lei, incluindo o rol dos eventos cobertos e outras exigências técnicas pertinentes;

III - a metodologia para a definição dos valores de referência dos medicamentos ou grupos de medicamentos abrangidos pelo sistema de co-participação;

IV - os percentuais a serem aplicados aos valores de referência dos medicamentos abrangidos pelo sistema de co-participação, os quais não poderão ser superiores a noventa por cento dos respectivos valores de referência, observada a compatibilidade com a Lei Orçamentária Anual; e

V - os limites financeiros da subvenção, estabelecendo os agravos a serem abrangidos pelo sistema de co-participação.

Art. 6º Caberá ao Ministério da Saúde, por meio de ato específico, dispor sobre:

I - a definição dos critérios para o credenciamento dos estabelecimentos farmacêuticos varejistas no sistema de co-participação, considerando-se aspectos sanitários, epidemiológicos, fiscais e tributários pertinentes;

II - os critérios para a inclusão e exclusão dos medicamentos no sistema de co-participação, ouvido o Comitê Gestor Interministerial e considerada a sua relevância para o enfrentamento dos agravos com impactos no sistema de saúde; e

III - o elenco dos medicamentos abrangidos pelo sistema de co-participação, ouvido o Comitê Gestor Interministerial e considerada a sua relevância para o enfrentamento dos agravos com impactos no sistema de saúde." (grifou-se)

12. A Lei nº 4.320/64, recepcionada pela Constituição Federação de 1988 como Lei Complementar, estabelece no art. 19 que somente por meio de lei especial poderá ser autorizada a concessão de subvenções sociais ou econômicas à conta de dotações orçamentárias. No mesmo sentido, a Lei Complementar nº 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), estabelece no art. 26 que a destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas, incluindo a concessão de subvenções, 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.

13. Por essa razão, para que o Governo Federal instituisse subvenção econômica a ser concedida aos estabelecimentos farmacêuticos varejistas privados era necessária a aprovação de uma lei ordinária tratando dessa matéria, o que justificava o envio do Projeto de Lei nº 5.235/2005.

14. Enquanto o Projeto de Lei ainda tramitava na Câmara dos Deputados, o Ministro da Saúde baixou a Portaria GM nº 491, de 9 de março de 2006, dispondo sobre a expansão do Programa Farmácia Popular Brasil. Essa Portaria estabeleceu critérios de credenciamento e participação das farmácias e drogarias da rede privada, bem como instituiu mecanismos de controle e fiscalização da execução do programa e o sistema do copagamento entre Governo Federal e beneficiários do programa.

15. A partir desta portaria, mais de 10 mil estabelecimentos foram credenciados no período de 2006 a 2009, com transferência de recursos da ordem de R\$ 832 milhões. Com isso, o Ministério da Saúde ignorou as disposições do art. 19 da Lei nº 4.320/64 e do art. 26 da LRF, realizando transferência de recursos públicos a entidades privadas com fins lucrativos, sem autorização legislativa.

16. Após a edição da Portaria GM/MS nº 491/2006, o Presidente da República requereu a retirada do Projeto de Lei que autorizava a instituição da subvenção econômica, sob o fundamento de que a portaria retromencionada possibilitava a participação de farmácias e drogarias privadas na execução do programa. No entendimento manifesto na mensagem encaminhada à Câmara dos Deputados, a edição dessa portaria reforçaria "a necessidade de retirada do projeto de lei, no sentido de se evitar possíveis impactos negativos na execução dessa ação".

4. Posicionamento do Ministério da Saúde

17. O Ministério da Saúde apresentou entendimento de que não seria necessária a aprovação de lei específica para a expansão do programa, baseado em três pareceres da Consultoria Jurídica daquele ministério: i) Parecer/Conjur/MS/Gabin/EL nº 280/2006, da lavra do senhor Edelberto Luiz da Silva; ii) Parecer Condelegis/Conjur/Gabin/MS/AA nº 1.180/2010, assinado pela senhora Alice Albuquerque Sant'Anna de Oliveira; e iii) Parecer Condelegis/Conjur/Gabin/MS/AA nº 1.181/2010, também da lavra do senhor Edelberto Luiz da Silva. Os dois últimos pareceres foram elaborados quando do envio do relatório preliminar da auditoria operacional para reforçar o entendimento de que não era necessária a aprovação de lei específica autorizando o Poder Executivo a conceder subvenção econômica.

18. Nos três pareceres são apresentados entendimentos de que o recurso financeiro repassado pelo Governo Federal às farmácias e drogarias credenciadas ao programa não caracteriza subvenção econômica.

19. No primeiro parecer (fls. 56 a 59), foi consignado que a edição de lei só se justificaria caso se tratasse de concessão de subsídio, o que não se caracterizaria na espécie, por se tratar, na verdade, de estímulo à atividade econômica, na fonte de produção:

"A necessidade de lei para oferecer respaldo jurídico ao desenho estabelecido, conquanto fosse apontada em parecer aqui colhido anteriormente, decorria de suposta concessão de subsídio à venda de medicamentos diretamente aos pacientes necessitados, que, desenganadamente, não se dá na espécie, em face da natureza mesma do benefício, identificada como estímulo a atividade econômica, na fonte de produção, como meio de reduzir o custo do produto final e, assim, torná-lo acessível a camadas menos aquinhoadas do estrato social.

É bem verdade que, para maior segurança do projeto, não seria demasia lastreá-lo com a aprovação do Poder Legislativo, já oferecida, no essencial, pela Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, explícita em admitir o ressarcimento dos produtos farmacêuticos, disponibilizados a preço de custo para a população, até aqui sem ter a sua constitucionalidade formalmente argüida, posto daí não decorrer prejuízo algum para sua oferta gratuita na rede hospitalar pública, como alternativa aberta às pessoas sem condições de adquiri-los.

Esse seria o ponto nevrálgico da questão, já ultrapassado, como se viu, de modo a legitimar o princípio da compensação de parte do valor dos remédios expostos à venda nos estabelecimentos comerciais do gênero, já assim prevista no parágrafo único do artigo 2º do Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004, suficiente para autorizar a expansão projetada, sem necessidade de novo edito, a despeito da imprecisão do instrumento e dos fornecedores, ali referidos, susceptível de fixação de seu verdadeiro sentido por via interpretativa, segundo as normas sobre a aplicação da lei." (grifou-se)

20. No segundo parecer (fls. 39 a 51), foi apresentado o entendimento de que o sistema de copagamento não se enquadraria como subvenção econômica, mas sim como "técnica em cuidados em saúde com conteúdo oneroso por meio do qual o serviço de saúde é pago parcialmente por pacientes", conforme segue:

"[...] Passando ao esquadramento do conceito de subvenção econômica estabelecido pela Lei sobredita, Machado e Reis enunciam: "as subvenções econômicas destinam-se à cobertura dos déficits de manutenção de empresas públicas, quer dizer, de entidades da Administração indireta". No que toca as alíneas do artigo 18 da Lei nº 4.320, de 1964, os autores citados lecionam 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".

Nesse sentido, consoante o ensinamento de Conti, as subvenções econômicas destinam-se ao fomento de atividades econômicas, seu objetivo precípua é de permitir o recebimento por empresas públicas e sociedades de economia mista de transferências corrente para enfrentar seus déficits de manutenção. Quantos às alíneas "a" e "b" retro mencionados, essas se enquadra na Portaria Interministerial nº 163, de 2001, que versa sobre "Equalização de Preços e Taxas", sendo o produto 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".

[...]

No caso da política pública em comento, tem-se tão somente um sistema de co-pagamento, também denominado como "taxa moderadora, participação no custeio (cost-sharing) ou, ainda a contrapartida do usuário". De modo a esclarecer melhor o cost-sharing ou co-pagamento na área da saúde, a literatura científica o define como a técnica em cuidados em saúde com conteúdo oneroso por meio da qual o serviço de saúde é pago parcialmente por paciente. Na medida em que se expõem os contornos conceituais do pagamento inserto na política pública em comento, impõem-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.

Com efeito, no sistema de co-pagamento 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 ampliar o 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 co-pagamento da Farmácia Popular não acresce benefício a empresas privadas, na medida em que seu objetivo não é esse, é concretizar o direito humano à saúde.

Sendo assim, não se aplica ao caso em análise a imperiosidade de se ter lei regulando a matéria, haja vista que o artigo 19 da Lei nº 4.320 de 1964, se limita a tratar de situação que se amoldam à concessão de subvenções." (grifou-se)

21. O terceiro parecer (fls. 52 a 55) enquadra a transferência de recursos do Governo Federal para as farmácias ou drogarias como pagamento pela compra de medicamentos, como excerto abaixo transcrito:

"Com efeito, não há no sistema de dispensação de determinados medicamentos diretamente no comércio farmacêutico conotação de subsídio ou de subvenção econômica ou social, segundo se entende tais institutos do direito financeiro, posto que não há transferência de recurso para o barateamento do produto, senão o pagamento pela sua entrega ao paciente, com pequena participação deste no seu custo final.

O criterioso estudo da equipe de técnica responsável pela elaboração do relatório de auditoria, ora sob foco, afasta a idéia de subvenção ou subsídio, quando questiona a liquidação do pagamento, na percepção implícita de que não se trata de transferência, meio utilizado para concessão daqueles benefícios, na técnica da Lei nº 4.320, de 1964, senão de pagamento de despesa contra a entrega de medicamentos." (grifou-se)

22. Com esses três posicionamentos, o Ministério da Saúde procura afastar o entendimento de que a natureza das transferências de recursos para as farmácias e drogarias é de subvenção econômica. No entanto, não delimitou com precisão qual seria a sua natureza.

5. Análise

23. A matéria está adstrita a determinar qual a natureza das transferências de recursos do Governo Federal, por intermédio do Fundo Nacional de Saúde, para as farmácias e drogarias da rede privada. No relatório preliminar de auditoria, a equipe as classificava como subvenções econômicas, razão pela qual deveria estar prevista em lei ordinária específica. Os pareceres da Consultoria Jurídica rechaçam esse enquadramento e defendem a regularidade do procedimento de expansão do Programa Farmácia Popular sem a necessidade de edição desta lei.

24. São vislumbradas apenas duas possibilidades de classificação orçamentária para as transferências financeiras às farmácias e drogarias privadas no âmbito do Programa Farmácia Popular: ou são subvenções econômicas ou são pagamentos resultantes da compra de medicamentos pelo poder público. Os enquadramentos pretendidos no primeiro parecer (estímulo à atividade econômica, na fonte de produção, como meio de reduzir o custo do produto final e, assim, torná-lo acessível a camadas menos aquinhoadas do estrato social) e no segundo parecer (sistema de copagamento como mecanismo com natureza jurídica própria) não encontram amparo doutrinário ou legal.

25. Preliminarmente, cabe destacar que a Lei nº 10.858/2004 não previu a possibilidade de execução do programa por intermédio das farmácias e drogarias da rede privada. Essa possibilidade surgiu na legislação com o advento do Decreto nº 5.090/2004. Nesse sentido, o decreto presidencial trouxe inovação ao mundo jurídico, extrapolando a normal legal que pretendeu regulamentar. Porém, ao dizer em seu art. 1º, § 2º que "em se tratando de disponibilização por intermédio da rede privada de farmácia e drogarias, o preço do medicamento será subsidiado", o texto infralegal remetia à necessidade de autorização legal a concessão de subvenção econômica. O subsídio é uma das espécies, do gênero subvenção econômica.

26. Ocorre que o Governo Federal demorou 1 (um) ano (entre maio de 2004 e maio de 2005) para enviar ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.235/2005, que autorizaria a concessão de subvenção econômica às farmácias e drogarias da rede privada.

27. Passado um ano que o projeto de lei tramitava na Câmara dos Deputados, com apresentação de 15 emendas e sem aprovação do texto final, o Presidente da República requereu sua retirada de tramitação, tendo em vista a aprovação da Portaria GM/MS nº 491, de 9 de março de 2006, tratando da matéria.

28. O Ministério da Saúde propôs a retirada de tramitação do projeto de lei baseado no Parecer/Conjur/MS/GABIN/EL nº 280/06, que revia o entendimento segundo o qual a transferência de recursos financeiros às farmácias e drogarias da rede privada trata-se de concessão de subvenção

econômica (subsídio à venda de medicamentos diretamente aos pacientes), demandando a necessidade de autorização em lei específica. Em suas razões, o parecerista sustentou que "desengadamente não se dá na espécie, em face da natureza mesma do benefício identificada como estímulo à atividade econômica, na fonte de produção, como meio de reduzir o custo do produto final [...]".

29. Não foi encontrada na legislação ou na doutrina qualquer referência à transferência de recursos públicos a empresas privadas com a finalidade de "estímulo à atividade econômica" que não seja classificado como subvenção econômica. O estímulo à atividade econômica é justamente um dos objetivos pretendidos pelo poder público quando concede subvenção econômica ao setor privado.

30. A classificação da despesa pública pode ser extraída dos artigos 12 e 13 da Lei nº 4.320/64, bem como no Anexo II da Portaria Interministerial STN/SOF nº 163/2001. Nos dois normativos, a despesa é classificada em corrente ou de capital. Os recursos financeiros destinados às farmácias e drogarias da rede privada participantes do programa são classificados como despesas correntes, uma vez que não contribuem, diretamente, para a formação ou aquisição de um bem de capital.

31. Há diferenças nas subclassificações da despesa corrente nos dois normativos citados. A Lei nº 4.320/64 a faz em: Despesas de custeio; e Transferências correntes. Já a Portaria Interministerial prevê a subclassificação entre: Pessoal e Encargos Sociais; Juros e Encargos da Dívida; e Outras Despesas Correntes. Atualmente, é adotada a classificação constante da Portaria Interministerial, mas a classificação da Lei n.º 4.320/64 auxilia a entender a natureza da despesa analisada no âmbito do Programa Farmácia Popular - Sistema de Copagamento.

32. Extrai-se do art. 12 da Lei nº 4.320/64, que subvenções econômicas são transferências de recursos destinadas a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril, as quais não correspondam contraprestação direta em bens ou serviços. As despesas que tivessem por finalidade o pagamento a título de contraprestação por bens ou serviços seriam classificadas como despesas de custeio: pessoal civil; pessoal militar; material de consumo; ou encargos diversos:

"Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:

DESPESAS CORRENTES

Despesas de Custeio

Transferências Correntes

[...]

§ 1º Classificam-se como Despesas de Custeio as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis.

§ 2º Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.

§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa;

II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

Art. 13. Observadas as categorias econômicas do art. 12, a discriminação ou especificação da despesa por elementos, em cada unidade administrativa ou órgão do governo, obedecerá ao seguinte esquema:

DESPESAS CORRENTES

DESPESAS DE CUSTEIO

Pessoal Civil

Pessoal Militar

Material de Consumo

Encargos Diversos

TRANSFERÊNCIAS CORRENTES

Subvenções Sociais

Subvenções Econômicas

Inativas

Pensionistas

Salário Famílias e Abono Familiar

Juros da Dívida Pública

Contribuições de Previdência Social

Diversas Transferências Correntes" (grifou-se)

33. No sistema de copagamento resultante da expansão do Programa Farmácia Popular, o medicamento é vendido pelas farmácias e drogarias da rede privada diretamente ao paciente, cabendo ao Governo Federal pagar até 90% do valor de referência do produto, conforme estabelecido em portaria pelo Ministério da Saúde, e o restante do valor sendo pago pelo beneficiário pagando. Assim, não há qualquer contraprestação direta em bens ou serviços ao poder público. Mesmo atendendo a interesse público legítimo, fornecimento de medicamentos à população, não há contrapartida direta ao Governo Federal, ou seja, não há entrega de medicamentos ao Ministério da Saúde ou a qualquer secretaria de saúde.

34. A Portaria Interministerial STN/SOF nº 163/2001 promoveu alterações na classificação da despesa, que passou a ser classificada por: categoria econômica; grupo de natureza da despesa; e

elemento da despesa. A classificação por elemento de despesa tem por finalidade identificar os objetos de gastos (art. 3º, § 3º).

35. Com relação às compras de medicamentos, em princípio, estas despesas poderiam ser classificadas como material de consumo (elemento 30), quando são adquiridos para serem consumidos na rede pública de atenção à saúde, ou material de distribuição gratuita (elemento 32), quando são adquiridos para serem distribuídos gratuitamente à população.

36. Por não serem consumidos em unidades públicas de saúde, os medicamentos não podem ser classificados como material de consumo. Pelo fato da distribuição não ser realizada de forma gratuita, o gasto não pode ser classificado no elemento de despesa 32.

37. Corroborando o fato de as transferências de recursos às farmácias e drogarias da rede pública constituir subvenções econômicas, o Fundo Nacional de Saúde vem classificando esta despesa no elemento de despesa 45 - Equalização de preços e taxas, que tem a seguinte descrição:

"45 - Equalização de preços e taxas de juros

Despesas para cobrir a diferença entre os preços de mercado e o custo de remissão de gêneros alimentícios ou outros bens, bem como a cobertura do diferencial entre níveis de encargos praticados em determinados financiamentos governamentais e os limites máximos admissíveis para efeito de equalização."

38. O elemento da despesa 45 - Equalização de preços e taxas é utilizado para classificar as subvenções econômicas, conforme se observa na literatura que trata do tema. AGUIAR (2004, p. 188) explica que:

"em substituição às Subvenções Econômicas, a Portaria em referência criou o item de despesa Equalização de Preços e Taxas, o que não ocorrera com a Portaria SOF nº 04/90 e com a Portaria Interministerial nº 2/94, que respeitaram, neste sentido, a Lei nº 4.320/64."

39. COSTA (2008, p. 56) conclui no mesmo sentido:

"[...] a Portaria Interministerial nº 163/2001 ao introduzir mudanças nas classificações das despesas adotou a classificação 45 - Equalização de Preços e Taxas em substituição à classificação Subvenções Econômicas, conquanto tenha adotado o mesmo conceito da Lei 4.320/64."

40. Corroborando esse entendimento, o Ministro-Relator do TC 008.197/2004-3 consignou no relatório do voto condutor do Acórdão nº 1.060/2005 que:

"Os benefícios ou subsídios financeiros são os desembolsos efetivos realizados por meio das equalizações de juros e preços, bem como a assunção das dívidas decorrentes de saldos de obrigações de responsabilidade do Tesouro Nacional, cujos valores constam do orçamento da União, motivo pelo qual definem-se como Subsídios Explícitos ou Diretos."

41. Os pareceres jurídicos apresentados pelo Ministério da Saúde, ao afirmarem que as transferências realizadas às farmácias e drogarias privadas não constituírem subvenção econômica,

alegaram que essa modalidade não se encaixaria perfeitamente nas disposições a respeito de subvenções econômicas constantes do artigo 18, da Lei nº 4.320/64, que tem o seguinte texto:

"II) Das Subvenções Econômicas

Art. 18. A cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não, far-se-á mediante subvenções econômicas expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal.

Parágrafo único. Consideram-se, igualmente, como subvenções econômicas:

a) as dotações destinadas a cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros materiais;

b) as dotações destinadas ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais."

42. Ocorre que a definição de subvenção econômica está contida no artigo 12 da Lei nº 4.320/64. O artigo 18 enumerou algumas hipóteses de subvenções econômicas, ou seja, não esgotou todas as possibilidades. Em outras palavras, o rol do artigo 18 é enumerativo e não taxativo.

43. Há casos, na legislação brasileira, de autorização de concessão de subvenções econômicas que não se encaixam perfeitamente nos exemplos enumerados no artigo 18 da Lei nº 4.320/64, sem que isso descaracterize a natureza jurídica de subvenção econômica.

44. A Lei n.º 10.612, de 23 de dezembro de 2002, autorizou o Governo Federal a conceder subvenção econômica de R\$ 1.000,00 a pessoas jurídicas que adquirissem veículos automotores movidos a álcool elítico hidratado carburante para uso em transporte de mercadorias e de passageiros, ou para locação, bem como para os órgãos e entidades da Administração Pública. Essa subvenção não foi destinada a cobrir déficit de empresa pública ou sociedade de economia mista, não tinha por finalidade cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda de gêneros alimentícios ou outros materiais, nem se destinavam ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais.

45. A Lei n.º 10.604, de 17 de dezembro de 2002, autorizou a concessão de subvenção econômica às concessionárias e permissionárias de serviço de energia elétrica com a finalidade de contribuir para a modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda.

46. A Lei nº 12.096, de 24 de novembro de 2009, autorizou a concessão de subvenção econômica ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), em operações de financiamento destinadas à aquisição e produção de bens de capital e à inovação tecnológica.

47. Mesmo não se encaixando perfeitamente nos exemplos citados no artigo 18 da Lei nº 4.320/64, as transferências de recursos autorizadas nas leis acima mencionadas não deixaram de

caracterizar subvenção econômica. Em todas as hipóteses há transferências de recursos a empresas privadas, sem contraprestação direta em bens ou serviços ao Governo Federal.

48. Da mesma forma, o Governo Federal não recebe qualquer bem ou serviço em contrapartida à transferência de recursos às farmácias e drogarias privadas. É certo que a população tem acesso a medicamentos a preço subsidiado, logrando benefício direto. Contudo, para o poder público, o benefício é indireto, resumindo-se na obtenção do interesse público pretendido, como o é nos casos de subvenção econômica.

49. Não há como admitir a caracterização dessa transação como compra de medicamentos pelo Governo Federal. Preliminarmente, não há a formalização de procedimento licitatório ou mesmo de inexigibilidade de licitação determinando a quantidade a ser adquirida de cada fornecedor, de forma a que se possa emitir previamente o empenho da despesa. Os empenhos relativos a essas transferências são realizados por estimativa e são reforçados ao longo do exercício. Além disso, a liquidação da despesa não se dá nos moldes do artigo 63 da Lei nº 4.320/64, com ateste de Nota Fiscal emitida contra entidade pública, com conferência das quantidades fornecidas e ateste do valor a ser pago.

50. Por essa razão, entende-se como necessário que o Poder Legislativo aprove uma lei específica destinada a autorizar o Poder Executivo a conceder esta subvenção econômica às farmácias e drogarias da rede privada.

6. Conclusão

51. A transferência de recursos à rede privada de farmácias e drogarias no âmbito do Programa Farmácia Popular - Sistema de Copagamento caracteriza-se como subvenção econômica, uma vez que não há contraprestação direta em bens ou serviços ao poder público, nos termos do art. 12 da Lei n.º 4.320/64.

52. Apesar desta transferência não se encaixar perfeitamente em nenhuma das hipóteses de enumeradas no artigo 18 da Lei n.º 4.320/64, isso não descaracteriza sua natureza de subvenção econômica, uma vez que o rol daquele artigo é enumerativo e não taxativo.

53. O próprio Fundo Nacional de Saúde está classificando as transferências no elemento de despesa 45 - Equalização de Preços e Taxas, utilizado na contabilização das subvenções econômicas.

54. Ademais, o artigo 19 da Lei nº 4.320/64 e o artigo 26, § 2º, da LRF determinam que as transferências de recursos a título de subvenção devem ser autorizadas por lei específica, o que, no caso do Programa Farmácia Popular - Sistema de Copagamento, não foi dado o seu exato cumprimento.

7. Proposta de Encaminhamento

55. Ante o exposto, submete-se a presente representação à consideração superior, para posterior encaminhamento ao gabinete do Exmo. Sr. Ministro-Relator José Jorge, com as propostas que seguem:

I) fixar, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443/1992, prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministério da Saúde adote as providências necessárias ao exato cumprimento do art. 19 da Lei nº 4.320/1964 c.c. art. 26, § 2º, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), quanto à exigência de lei específica que autorize e disponha sobre a concessão de subvenção econômica destinada à transferência de recursos orçamentários à rede privada de farmácias e drogarias credenciadas ao Programa Farmácia Popular - Sistema de Copagamento, oportunizando a discussão da matéria pelo Poder Legislativo;

II) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada nestes autos, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentaram, aos seguintes destinatários: Ministro de Estado da Saúde; Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; Presidente da Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados; e, Presidente da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal;

III) com fundamento no artigo 169, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, arquivar o presente processo.

3. Por seu turno, o Gerente de Divisão da Seprog fez o seguinte aditamento à instrução, em essência:

Como defendido na presente representação, essa transferência de recursos públicos à rede privada de farmácias e drogarias caracteriza-se como subvenção econômica uma vez que não há contraprestação direta em bens ou serviços ao poder público, nos termos do art. 12 da Lei nº 4.320/64.

Corroborou-se para esse entendimento a visão de doutrinadores do Direito Financeiro e do posicionamento do Ministro-Relator no voto condutor do Acórdão TCU nº 1.060/2005 (TC 008.197/2004-3).

Nessa caracterização também foram apresentadas situações encontradas na própria legislação brasileira que trata de concessões de subvenções econômicas, a exemplo da Lei nº 10.604/2002 (subvenção econômica às concessionárias e permissionárias de serviço de energia elétrica), da Lei nº 10.612/2002 (subvenção econômica na aquisição de veículos automotores movidos a álcool elítico hidratado carburante) e da Lei nº 12.096/2009 (subvenção econômica ao BNDES).

Ademais, constata-se que o Fundo Nacional de Saúde, órgão repassador dos recursos, está classificando as transferências no elemento de despesa "Equalização de Preços e Taxas", que é utilizado na contabilização de subvenção econômica.

Ressalte-se que o artigo 19 da Lei nº 4.320/64 e o artigo 26, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal determinam que as transferências de recursos a título de subvenção devem ser autorizadas por lei específica, o que, no caso do Programa Farmácia Popular - Sistema de Copagamento, não foi dado o seu exato cumprimento.

Os argumentos apresentados pelo Ministério da Saúde de que a natureza dessa operação não se apresenta como concessão de subvenção econômica não merece prosperar segundo as razões expostas ao longo dos parágrafos 23 a 50 do capítulo 5 desta Instrução.

Nesse sentido, entende-se necessária a célere atuação do Ministério da Saúde em sanar a deficiência apontada neste processo de representação, de modo a evitar futuras contestações e questionamento jurídico quanto à ilegalidade do Programa Farmácia Popular - Sistema de Copagamento. Destaca-se que o programa tem quatro anos de funcionamento e alcançou, em 2009, mais de 10 mil estabelecimentos credenciados, estando presente em 1.753 municípios. Nesse período, houve elevada ampliação do volume de recursos orçamentários executados pelo governo federal, que triplicou de 2006 para 2009, superando R\$ 560 milhões/ano. Segundo dados divulgados no site do Ministério da Saúde, em novembro de 2010, o programa registra uma média mensal de um milhão de autorizações de vendas.

A lista de medicamentos cofinanciados também vem se ampliando: em 2006, o programa se inicia com hipertensão, diabetes e contraceptivos; em 2010, é incluído na lista oficial medicamento voltado para Asma, Parkinson, Rinite, Glaucoma, Osteoporose, além de produto de higiene pessoal - fralda geriátrica. Este último, não integrante de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), versão 2010.

Portanto, pelo critério da razoabilidade e diante dos constrangimentos a que uma paralisação súbita deste programa pode causar à continuidade no tratamento de quem dele é beneficiado, entende-se oportuna a proposta de determinação constante do item I do parágrafo 55 da presente instrução, tendo em vista a prerrogativa do art. 45 da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), de que, ao verificar a ilegalidade de ato e contrato, o Tribunal assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei.

Além disso, a preocupação constante com o aperfeiçoamento dos controles internos torna-se ainda maior quando se observa que a tendência do programa é de expansão, tanto em termos de credenciamento de novas farmácias como em termos de novos medicamentos a serem dispensados, com consequente reflexo na ampliação dos gastos orçamentários. Essa questão, associada à cobertura do programa e à comprovação do seu custo-efetividade foi tratada na auditoria operacional (TC 002.985/2010-1) realizada por esta Corte de Contas no Programa Farmácia Popular - Sistema de Copagamento em 2010, do qual resultaram medidas exaradas no Acórdão 3030/2010-Plenário e que serão objeto de futuros monitoramentos pelo Tribunal.

4. Diante da especificidade da matéria, solicitei a manifestação do Ministério Público, o qual expressou sua opinião a teor do seguinte excerto.

O Ministério Público anui às conclusões da Seprog.

A participação do Ministério da Saúde no pagamento dos remédios fornecidos pela rede privada de farmácia, credenciadas no programa "Farmácia Popular do Brasil" poderia, em princípio, ser

enquadrada nas ações do Sistema Único de Saúde, uma vez que a Constituição Federal prevê (grifos acrescidos):

"Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

(...)

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:".

Então, a Lei 8.080/1990, que "dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências" trouxe (grifos acrescidos):

"Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

(...)

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

(...)

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

(...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

(...)

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema

(...).

TÍTULO III DOS SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

CAPÍTULO I Do Funcionamento

Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

(...)

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato."

Como se vê, a assistência farmacêutica está inserida nas ações do Sistema Único de Saúde e pode ser prestada por entidades privadas, por meio de convênios ou contratos firmados com a Administração Pública.

Assim, o Decreto 5.090/2004 institui o programa "Farmácia Popular do Brasil":

"Art. 1º Fica instituído o Programa "Farmácia Popular do Brasil", que visa a disponibilização de medicamentos, nos termos da Lei no 10.858, de 13 de abril de 2004, em municípios e regiões do território nacional.

§ 1º A disponibilização de medicamentos a que se refere o caput será 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.

§ 2º Em se tratando de disponibilização por intermédio da rede privada de farmácia e drogarias, o preço do medicamento será subsidiado."

Já a Portaria 491/2006 do Ministério da Saúde ocupou-se da expansão do programa:

"CAPÍTULO I - DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º A expansão do Programa "Farmácia Popular do Brasil" consistirá no pagamento pelo Ministério da Saúde de percentual do Valor de Referência (VR), por unidade farmacotécnica (uf), 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.

Art. 2º O objetivo do Programa, na promoção da assistência terapêutica integral, é o de favorecer a aquisição de medicamentos indispensáveis ao tratamento de doenças com maior prevalência na população, com redução de seu custo para os seus portadores".

A Portaria/MS 491/2006 cuidou ainda de como se daria a dispensação, a habilitação ao programa, o ingresso no programa, as fases da despesa e o controle e fiscalização.

Destaque-se que o art. 9º da mencionada portaria afirma que é contratual a relação existente entre o Ministério da Saúde e o estabelecimento privado:

"Art. 9º O RTA, o subseqüente despacho de habilitação e a ADM configuram a relação contratual que assim se estabelece entre o Ministério da Saúde e o estabelecimento, na forma do art. 62 da Lei 8.666, de 1993, e respectivo § 4º, pela qual será regida".

Como já visto, a relação do SUS com as entidades privadas deve mesmo se dar por convênio ou contrato público, tendo o Ministério da Saúde, aparentemente, optado pelo contrato, uma vez que não há interesse recíproco no atingimento da objetivo do programa.

Destaque-se que os contratos administrativos devem ser precedidos de licitação, quando não se amoldam às hipóteses legais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, como no caso vertente.

No entanto, como bem ponderado pela Seprog, a relação verificada entre o Ministério da Saúde e as farmácias da rede privada não pode ser considerada contrato, uma vez que não há entrega de produtos ou prestação de serviços à Administração Pública.

O programa "Farmácia Popular do Brasil" tem por objetivo garantir que a população de baixa renda tenha acesso a medicamentos com preços reduzidos, todavia, o produto é entregue diretamente ao consumidor, que paga um pequeno percentual do preço do medicamento à farmácia onde o produto é adquirido. O valor remanescente é custeado pelo Ministério da Saúde, o que caracteriza subvenção econômica, tal como na Lei 10.604/2002 (fls. 98/9), que tem por fim garantir a modicidade tarifária para a subclasse "Baixa Renda".

Em relação às subvenções econômicas destinadas a empresas com fins lucrativos, o artigo 19 da Lei 4.320/1964 traz (grifos acrescentados):

"Art. 19. A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial".

Dessarte, a subvenção econômica existente no programa "Farmácia Popular do Brasil" exige lei específica para sua autorização.

Pelo exposto, em atenção à oitiva regimental propiciada por Vossa Excelência (fl.), o Ministério Público assente à proposta da secretaria especializada (fl. 120v).

É o relatório.

Referências:

AGUIAR, Afonso Gomes. Lei nº 4.320 comentada ao alcance de todos. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

REIS, Heraldo da Costa. Subvenções, contribuições e auxílios. Revista de Administração Municipal-Municípios. Rio de Janeiro, v.54, n. 268, p. 56, out./dez. 2008

Voto

Inicialmente ressalto que a presente representação pode ser conhecida, haja vista a presença dos requisitos essenciais à sua admissibilidade.

A questão trazida pela Seprog diz respeito à natureza dos pagamentos realizados à rede privada de farmácias e drogarias no âmbito do Programa Farmácia Popular (Sistema de Copagamento), onde não há a contraprestação direta em bens ou serviços à Administração.

Indo ao mérito da matéria, concordo com a conclusão a que chegou a Unidade Técnica, bem assim o MP/TCU, quanto à exigência de lei específica que fundamente os dispêndios relativos ao Programa Farmácia Popular.

No entanto, nada obstante as manifestações exaradas tanto pela unidade instrutiva quanto pelo representante do Ministério Público, as quais são uníssonas em asseverar que a forma como se dá os pagamentos possui as características intrínsecas às subvenções econômicas, reclamando, destarte, de lei específica que autorize os respectivos dispêndios, inexistente no caso presente, permito-me realizar as ponderações seguintes.

Dispõe o art. 12 da Lei n.º 4.320/64:

"Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:

DESPESAS CORRENTES

Despesas de Custeio

Transferências Correntes

DESPESAS DE CAPITAL

Investimentos

Inversões Financeiras

Transferências de Capital

§ 1º Classificam-se como Despesas de Custeio as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis.

§ 2º Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.

§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa;

II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril."

O art. 18 da mesma lei também trata das subvenções econômicas:

"Art. 18. A cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não, far-se-á mediante subvenções econômicas expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal.

Parágrafo único. Consideram-se, igualmente, como subvenções econômicas:

a) as dotações destinadas a cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros materiais;

b) as dotações destinadas ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais."

Extraio da conceituação de subvenção econômica presente na Lei 4.320/64, que a sua concessão a empresas públicas e privadas tem por finalidade precípua ser instrumento na condução de políticas econômicas e/ou comerciais. Nesse sentido, pode ser concedida, por exemplo, para estimular a produção e o consumo de determinado bem econômico que seja considerado estratégico ao desenvolvimento, para equalizar taxas, cobrir a diferença entre os preços de mercado e o custo de remissão de gêneros alimentícios ou outros bens pelo Governo e, ainda, para a cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas.

No caso presente, convenhamos, o mecanismo de copagamento do programa Farmácia Popular, onde o Ministério da Saúde arca com 90% de um valor de referência estabelecido para o medicamento adquirido pelo cidadão na rede privada de farmácias e drogarias, não se amolda perfeitamente às hipóteses previstas na lei. Nesse ponto, assiste razão ao Ministério da Saúde.

Com efeito, vejo que o objetivo precípua do programa é possibilitar à população menos aquinhoadada adquirir determinados fármacos a preços acessíveis, inserindo-se dentre as ações afetas à política de saúde pública.

Não se trata, no meu entendimento, de transferência a "empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril" (art. 12, 3º, II, da Lei n.º 4.320/64). O recurso não se destina propriamente ao estabelecimento comercial; o beneficiário, em última análise, é o consumidor, que adquire o remédio por 10% do valor de referência. Os 90% restantes são arcados pelo poder público.

Também não é, por óbvio, "cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não", nos termos do art. 18, caput, da Lei n.º 4.320/64. Muito menos pode ser considerado dotação destinada "ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais" (art. 18, parágrafo único, "b", Lei n.º 4.320/64). Das definições contidas na Lei, a que mais se aproxima, sem contudo se amoldar perfeitamente à hipótese, é a constante do art. 18 parágrafo único, "a": "dotações destinadas a cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros materiais".

No entanto, o certo é que os gastos referentes ao Programa Farmácia Popular não se enquadram perfeitamente em nenhuma das classificações de despesa pública previstas na Lei n.º 4.320/64.

É incontroverso, entretanto, que existe um subsídio concedido diretamente ao cidadão sempre que o mesmo adquire algum dos medicamentos abrangidos pelo programa, pago por intermédio da rede privada.

Situação bastante similar foi a concessão de subsídios ao preço do gás liquefeito de petróleo-GLP a famílias de baixa renda por intermédio do programa Auxílio-Gás, mais tarde incorporado ao Bolsa Família, expressamente autorizada por dispositivo contido na Lei 10.453/2002:

"Art. 5º Fica autorizada a concessão de subsídios ao preço do gás liquefeito de petróleo - GLP a famílias de baixa renda por meio de programa federal denominado Auxílio-Gás.

§ 1º Os subsídios de que trata o caput serão concedidos, exclusivamente, às famílias que possuem renda familiar per capita inferior ao valor fixado nacionalmente em ato do Poder Executivo para cada exercício financeiro.

§ 2º O Poder Executivo definirá o órgão responsável pela execução do Auxílio-Gás, bem como os mecanismos a serem adotados na sua concessão."

Ou mesmo o contido na Lei n.º 10.612/2002, que autorizou o Governo Federal a conceder "subvenção econômica à aquisição de veículos automotores movidos a álcool etílico hidratado carburante" (art. 1º). Pela lei em referência, a "subvenção" era de R\$ 1.000,00, "concedida na forma de abatimento incidente sobre o preço de venda do bem no ato da aquisição" (art. 2º, § 1º).

Conforme se percebe, benefícios em tudo similares receberam do legislador denominações diversas. Em um caso, "subsídio"; em outro, "subvenção econômica".

Parece, na verdade, haver certa confusão terminológica. Ou, ainda, uma tendência a se considerar subsídio como uma espécie de subvenção econômica.

Com efeito, do sítio do Tesouro Nacional, extraio a definição de subsídio:

"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."

Ocorre que, sejam os recursos da Farmácia Popular definidos como subsídio ou subvenção econômica, o fato é que a situação não dá margem a dúvidas: 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. É o que estabelece o art. 26 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal):

"Art. 26 A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou défits 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."

O Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, aprovado pela Portaria Conjunta STN/SOF n.º 2, de 6/8/2009, no Vol. I - Procedimentos Contábeis e Orçamentários (http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/Vol_ume_I_Procedimentos_Contabeis_Orcamentarios.pdf), confirma a conclusão. O item 4.3 trata da Natureza da Despesa Orçamentária e traz a seguinte classificação:

"48 - Outros Auxílios Financeiros a Pessoas Físicas

Despesas orçamentárias com a concessão de auxílio financeiro diretamente a pessoas físicas, sob as mais diversas modalidades, tais como ajuda ou apoio financeiro e subsídio ou complementação na aquisição de bens, não classificados explícita ou implicitamente em outros elementos de despesa, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 101/2000."

Sem embargo da informação da Unidade Técnica de que o Fundo Nacional de Saúde classifica a despesa no elemento 45, utilizado pela doutrina, conforma assinala a Unidade Técnica para classificar subvenção econômica, a classificação contida no elemento 48 se amolda com maior perfeição à situação em exame.

"45 - Equalizações de Preços e Taxas

Despesas orçamentárias para cobrir a diferença entre os preços de mercado e o custo de remissão de gêneros alimentícios ou outros bens, bem como a cobertura do diferencial entre níveis de encargos praticados em determinados financiamentos governamentais e os limites máximos admissíveis para efeito de equalização."

Portanto, dúvidas não restam quanto à necessidade de que os recursos referentes ao Programa Farmácias Popular estejam previstos em lei específica.

Por outro lado, assim como ponderam os pareceres, o programa em questão possui alta relevância social. Sua abrupta paralisação pode acarretar sérias complicações na saúde dos usuários dos medicamentos por ele abrangidos.

Diante dessas circunstâncias, no tocante ao encaminhamento a ser dado ao tema, tendo em conta que a solução para o caso delineado passa não só pelas esferas do Poder Executivo, de forma diversa do encaminhamento proposto, tenho por pertinente que se dê ciência as devidas instâncias da ocorrência ora descrita, em particular à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Público e Fiscalização, ante a competência a ela estatuída no art. 72 da Carta de 1988.

Por essas razões, VOTO por que seja adotado o Acórdão ora submetido à deliberação desse Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de novembro de 2011.

JOSÉ JORGE

Relator

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação originária da Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog) em virtude de questão afeta à legalidade do Programa Farmácia Popular (Sistema de Copagamento) no tocante à transferência de recursos públicos à rede privada de farmácias e drogarias sem a contraprestação direta em bens ou serviços à Administração.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. levar ao conhecimento da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Público e Fiscalização do Congresso Nacional que este Tribunal entende que as despesas realizadas no âmbito do Programa Farmácia Popular, 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;

9.3. encaminhar cópia da presente deliberação, acompanhada do relatório e voto que a integram, à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério da Saúde, à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; à Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados; e à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal; e

9.4. arquivar os presentes autos

Quorum

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge (Relator), José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira

Publicação

Ata 49/2011 - Plenário

Sessão 09/11/2011

Dou vide data do DOU na ATA 49 - Plenário, de 09/11/2011