



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR AUDITOR SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO
VALDENIR ANTONIO POLIZELI DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO
PAULO

Processos: nº 25453.989.20-4

Contratante: Prefeitura Municipal de Olímpia

Contratado: Marco Antonio Silva Neto ME

PREFEITURA MUNICIPAL DE OLÍMPIA, pessoa jurídica de direito público devidamente qualificada nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por meio de seus advogados, em atendimento aos r. despachos publicados em 13 de maio de 2021, 10 de junho de 2021 e 28 de julho de 2021, apresentar suas **JUSTIFICATIVAS**, com fundamento no artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar Estadual nº 709/1993, e no artigo 210, inciso III, do Regimento Interno desse Egrégio Tribunal de Contas.

1. SÍNTESE DOS FATOS



Tratam os autos da análise do pregão eletrônico nº 172/2020 e do decorrente contrato celebrado de nº 330/2020 firmado entre a Prefeitura Municipal de Olímpia e a empresa Marco Antonio Silva Neto ME, cujo objeto é o “registro de preço para aquisição de teste rápido imunocromatográfico, voltados à prevenção e diagnóstico do COVID-19, para atender as necessidades do município da estância turística de Olímpia/SP.”

A Fiscalização foi realizada pela Unidade Regional de São José do Rio Preto – UR -8, que apontou em seu relatório (Evento 23.2) uma irregularidade, que, ao seu ver, compromete a matéria em exame:

“a) Item 19 – PREÇO COMPATÍVEL COM O DE MERCADO: O valor de referência foi obtido por meio de orçamentos coletados junto a fornecedores que informaram seus preços com base na demanda de 300 kits e não de 2000 como dispõe o Edital, interferindo na economia de escala e não servindo como parâmetro confiável.”

Em seguida, considerando a manifestação externada pela D. Fiscalização, o Eminent Auditor proferiu despacho, assinalando prazo aos responsáveis para que tomassem conhecimento do relatório de fiscalização e apresentassem as alegações que entendessem cabíveis.

É o que se passa a fazer.

2. DO MÉRITO

2.1. Da inexistência de prejuízo a economia de escala

A D. Fiscalização consignou em seu relatório que a pesquisa de preços realizada pela Origem para aferição do valor médio a ser utilizado no edital levou em consideração a aquisição de 300 (trezentos) kits de testes, ao passo que o ato convocatório previu a aquisição de “até 2.000 kits de testes”, o que, a seu ver, pode ter comprometido a economia de escala.



A priori, de relevo discorrer um breve introito sobre o contexto fático em que ocorreu a contratação em exame.

Como de notório conhecimento, desde dezembro de 2019 o Planeta Terra se viu assolado por um novo vírus, de alta letalidade e transmissibilidade, que colocou em alerta toda a humanidade para a ocorrência de uma pandemia. Os primeiros casos no Brasil ocorreram no mês de março de 2020 e, desde então, o País se viu abruptamente tolhido do que se pode denominar “vida normal”.

Nesse ínterim, as autoridades mundiais passaram a adotar inúmeras providências voltadas a prevenção, combate e enfrentamento ao coronavírus, e que incluíram o desenvolvimento de vacinas, abertura de leitos hospitalares, edição de atos normativos, sem passar ao largo da aquisição de testes para detecção do vírus¹, algo essencial para o breve diagnóstico e tratamento daqueles acometidos pela enfermidade, visando preservar a saúde, a integridade física e evitar assim o agravamento da doença.

Nesse cerne, é imperioso registrar que a contratação ora em exame teve seu edital lançado em outubro de 2020, ou seja, período do ano em que a disseminação da doença causada pelo Coronavírus chegou ao seu “auge”, somente superada em número de óbitos e infectados pelo trágico ano de 2021.

Sendo assim, apesar de a D. Fiscalização colacionar o apontamento de que a pesquisa mercadológica realizada para obter a média de preços utilizada como parâmetro no edital do pregão pode ter comprometido a “economia de escala”, é inarredável consignar que a aludida “economia de escala” é senão produto das regras do sistema capitalista e, neste

¹ A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA, aprovou o primeiro teste do modelo antígeno (swab rápido) em 19 de março de 2020, por meio das Resoluções 776/2020 e 777/2020. Cf. in: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/anvisa-aprova-oito-testes-rapidos-para-covid-19>>. Acesso em: 13.08.2021.



modelo econômico, a regra mestra, que sobrepõe qualquer outra regra, inclusive a própria economia de escala, é aquela denominada no século 18 (dezoito) por Adam Smith² como “*Lei da oferta e da demanda*” ou também conhecida como “*Lei da oferta e da procura*”. Considerando este contexto e dada a pandemia do Covid-19, latente o desequilíbrio entre a oferta de testes rápidos – modelo antígeno *swab* nasal – e a demanda pelos aludidos testes.

Desta feita, para que se examine a ressaltada “economia de escala” no presente caso concreto é necessário primeiramente, pelas regras mercadológicas, que se tenha um equilíbrio entre a oferta e a demanda, o que, *in casu*, de forma cristalina não ocorreu e acabou por comprometer qualquer aferição dessa natureza, pois havia no mundo todo uma demanda extremamente superior à oferta, o que culminou na flutuação diária dos preços de todos os insumos utilizados no diagnóstico, combate e prevenção ao vírus.

Corroborava ainda o quanto aqui defendido o fato de que a D. Fiscalização apenas consigna o apontamento no campo da **mera hipótese, ressaltando que o preço registrado estaria muito “[...] próximo da média dos preços cotados pelas Administração na fase inicial do pregão (R\$ 87,30) [...]”**, sem ao menos indicar qual seria o valor adequado para utilização como parâmetro editalício, o que remete seu apontamento para o campo da mera ilação, eis que, *in casu*, lhe caberia o *ônus probandi* de delimitar qual seria o valor que considera ideal para utilização como média no ato convocatório.

Grife-se que a Origem, com seu costumeiro zelo para com a *res publica*, ao invés de lançar mão da aquisição dos testes por meio da dispensa de licitação autorizada pelo artigo 4º da Lei Federal nº 13.979/2020, dada sua obstinação em sempre obter a proposta mais vantajosa para a administração, cumulado ao cenário de incerteza quanto à demanda dos testes na medida em que a pandemia do Covid-19 fosse evoluindo, resolveu instaurar o

² O autor cristalizou a definição desta regra pela primeira vez no ano de 1776, em sua obra “A Riqueza das Nações”.



presente pregão simplificado, com fulcro no artigo 4-G da Lei Federal 13.979/2020 para formação de registro de preços.

A escolha da Administração pautou-se em dois motivos. O primeiro deles voltado para o fato de que a experiência denota que os preços obtidos por meio da utilização do pregão costumam ser mais vantajosos para a Administração contratante em comparação à contratação direta ou à utilização de outras modalidades licitatórias. A assertiva é facilmente corroborada pela análise do processo licitatório, eis que na fase de negociação, o Pregoeiro conseguiu ainda obter desconto junto ao licitante, conforme se verifica da tabela a seguir: (Evento 1.8)

Preço obtido na proposta	Preço obtido após a negociação
R\$ 178,00	R\$ 87,22

O segundo deles refere-se a opção pela instituição de um registro de preços, de modo a garantir o fornecimento dos testes à medida que a pandemia fosse evoluindo, dado que pelo próprio desequilíbrio entre a oferta e demanda destes testes, diante da globalização da pandemia, contratação futura poderia estar sujeita a flutuação dos preços, assim como a indisponibilidade do produto no mercado.

Sendo assim, a opção adotada pela Origem visava cumprir sua obstinada missão de garantir segurança no fornecimento dos testes, considerando-se essas premissas: (a) variação da quantidade de testes utilizados à medida que a pandemia fosse evoluindo; (b) segurança em não se sujeitar a flutuação de preços em decorrência do desequilíbrio entre oferta e demanda; (c) garantir o fornecimento ante a escassez dos testes modelo antígeno no mercado.

É por situações análogas a estas que o Legislador pátrio alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para determinar ao julgador um exercício de reflexão acerca das condições fáticas que levaram o agente a tomar a decisão objeto de análise.



A motivação social do contrato e os aspectos relacionados à segurança da população local devem ser considerados por esta Eg. Corte de Contas quando do exame da matéria e para fins de declaração de sua regularidade, somado ao fato de que ata de registro de preços não se revela economicamente desvantajosa, como bem ressaltado pela D. Fiscalização, e ainda por inexistir nos presentes autos qualquer elemento adicional que confirme a possibilidade de obtenção de valores inferiores ao efetivamente registrado.

O artigo 22 incluído no referido diploma legal conta com a seguinte redação:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. [\(Regulamento\)](#)

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (g.n)

Especificamente em relação ao disposto no artigo 22 da LINDB, Eduardo Jordão, em artigo publicado em novembro de 2018, em edição especial da conceituada Revista de Direito Administrativo, teceu os seguintes comentários³:

“No caso do art. 22, objeto específico deste texto, é particularmente relevante esta segunda trilha, referente à contextualização. Daí ser comum que se afirme que ele consagra o ‘primado da realidade’. Nele, a exigência de contextualização produz uma espécie de ‘pedido de empatia’ com o gestor público e com suas dificuldades. Esta é outra lógica bastante presente no projeto: se o controlador quer se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, é preciso que enfrente também os ônus que o administrador enfrenta. Esta circunstância vai na linha das afirmações de parte da

³ Cf. in. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Administrativo – LINDB (Lei nº 13.655/2018), pp. 69-70, nov. 2018.



doutrina, mencionadas acima, no sentido da necessidade de maior atenção às agruras e aos dilemas do gestor público.”

Entre os doutrinadores citados pelo autor Eduardo Jordão, merece referência o entendimento de Vanice Regina Lírio do Valle⁴:

“Estende-se à racionalidade a ser desenvolvida pelo controlador na interpretação da norma sobre gestão pública, o imperativo de considerar os mesmos elementos de constrição que se tem no cenário de decisão da Administração Pública. Isso não é reduzir o controle, mas sim aproximá-lo da realidade que determinou a ação pública desenhada pela interpretação das normas de regência. A aproximação controladora passa a dar a partir de uma interpretação que não veja no bloqueio à ação pública o resultado via preferencial. Com essa opção legislativa, o controle passa a ter seu olhar direcionado particularmente ao juízo de ponderação que esse mesmo administrador empreende no quadro de dificuldades em que se vê.”

Anote-se ainda que este Egrégia Corte de Contas já elevou ao campo das recomendações fatos extremamente mais graves, consubstanciados na ausência de pesquisa mercadológica, o que nem de longe ocorreu no caso em tela. Cite como exemplo, a decisão proferida nos autos do TC-000179/026/13:

“Com relação às aquisições não precedidas de pesquisa de preços, em que pese tratar-se de inconformidade procedimental com potencial para comprometer a economicidade, relevo excepcionalmente a falha em face de não constar da instrução indícios de efetivo prejuízo ao erário, tampouco elementos substanciais da dissonância dos valores contratados com os correntes no mercado. Ainda assim, cabe RECOMENDAR ao Legislativo o fiel cumprimento dos artigos 15 e 43, IV, da Lei Federal 8.666/93.”

⁴ Cf. in. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Administrativo – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 70, nov. 2018.



Em arremate, repise-se que a Origem sempre almejou realizar a contratação mais vantajosa para a Administração Pública, tendo optado pela realização do pregão para formação de registro de preços justamente por este motivo, razão pela qual eventual falha detectada na pesquisa mercadológica não será capaz de atrair a irregularidade da matéria, uma vez que ausente qualquer indício de dolo ou mesmo de prejuízo ao Erário.

Ao revés, deixa-se claro por meio do quanto acima explicitado, que a Origem buscou encontrar uma solução rápida para disponibilizar aos cidadãos do Município de Olímpia um diagnóstico seguro da doença, para o quanto antes tivessem o tratamento iniciado, a fim de minorar os sintomas e o sofrimento de cada cidadão acometido pelo vírus.

Isto posto, inarredável que esta Egrégia Corte de Contas proclame a regularidade da matéria, reconhecendo os esforços empreendidos pela Origem para realizar a melhor contratação, em detrimento de um eventual juízo de irregularidade, balizado única e exclusivamente por falha de caráter meramente formal.

3. DO PEDIDO

Pelo exposto, requer-se que o apontamento da D. Fiscalização seja considerado superado, de modo que a matéria seja julgada regular, e, não sendo este o entendimento desta Egrégia Corte de Contas, sem embargo a regularidade da matéria, seja o apontamento alçado ao campo das recomendações, eis que incapaz de macular o exame da matéria ou levar qualquer desprestígio aos princípios regentes da Administração Pública ou lesividade ao Erário.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 17 de agosto de 2021.



JOÃO NEGRINI NETO
OAB/SP Nº 234.092

ANA CRISTINA FECURI
OAB/SP Nº 125.181

LEANDRO MORAES LEARDINI
OAB/SP Nº 452.788