

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE
CONTAS DO DISTRITO FEDERAL - TCDF**

DD. DR. RELATOR INÁCIO MAGALHÃES FILHO

PROCESSO TCDF Nº 00600-00002174/2020-91-e

DESPACHO SINGULAR Nº 713/2020

TECHMEDICAL IMPORTAÇÕES E COMÉRCIO

LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 00.764.257/0001-10, com sede na Av. Bernardo Monteiro, nº 407, Casa, Santa Efigênia, em Belo Horizonte/MG, CEP 30150-280, vem, perante Vossa Excelência, por meio das advogadas que a esta subscrevem,¹ apresentar considerações e manifestações em

DEFESA

perante essa eg. Corte de Contas Distrital, notadamente em face do contido no DESPACHO SINGULAR Nº 713/2020, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

¹ DOC. 01 – Instrumento de Mandato já juntado aos autos.

1. DO RELATO DOS FATOS

Cuida-se de Representação formulada pelo MPJTCDF, por meio da qual se postula a criação de mecanismo que facilite a fiscalização em tempo real dos contratos e pagamentos relativos ao COVID19, o exame das aquisições de Equipamentos de Proteção Individual – EPI para profissionais da saúde e pacientes, dentre outros itens, verificando compatibilidade de preços, quantidade e qualidade, e ainda a realização de inspeção na Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal – SES/DF, a fim de verificar a política adotada em relação à compra e disponibilização de EPIs para os profissionais de saúde, pacientes e acompanhantes.

Na data de 18 de junho de 2020, foi proferida a r. Decisão nº 2228/2020, *in verbis*:

[...]

III – em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, **conceder prazo de 15 (quinze) dias para que a empresa Techmedical Importações e Comércio Ltda., caso queira, apresente suas considerações** acerca: a) da baixa qualidade das “máscaras cirúrgicas descartáveis” fornecidas no âmbito do Processo SEI-GDF n.º 00060-00105182/2020-42; b) da ocorrência de possível sobrepreço no fornecimento mencionado no item “III-a” anterior;

[...]

Ocorre que não houve citação regular da DEFENDENTE para apresentar as considerações iniciais sobre o assunto. Assim, na data de 30 de setembro de 2020, esta DEFENDENTE juntou aos autos petição requerendo a devolução do prazo nesse sentido, pois a notificação foi enviada para e-mail não usual da empresa e não houve confirmação de recebimento.

Em 11/11/2020, em face da ausência de defesa da DEFENDENTE, foi proferido o r. Despacho nº 713/2020:

Por meio do expediente protocolizado nesta Corte de Contas em 02.11.2020 (e-DOC AAE21CCC-c), a sociedade empresária Techmedical Importações e Comércio Ltda., por intermédio de suas representantes legalmente constituídas, **requer devolução do “PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA à ora PETICIONANTE, tendo início a contar da citação para tanto, de maneira que esta possa exercer a ampla defesa e contraditório, na forma exposta na presente Petição, conforme diretriz inafastável de índole constitucional.”**

Compulsando os autos, verifico que foi oportunizado prazo de 15 dias à empresa Techmedical Importações e Comércio Ltda para manifestar-se acerca dos fatos reportados na exordial, em especial quanto: a) baixa qualidade das “máscaras cirúrgicas descartáveis” fornecidas no âmbito do Processo SEI-GDF nº 00060-00105182/2020-42; b) ocorrência de possível sobrepreço, nos termos vazados no item III da Decisão nº. 2.228/2020, de 17.06.2020.

Conforme e-DOC 311F6A5E-e (peça eletrônica 43) a aludida deliberação plenária foi conhecida pela sociedade empresária em 09.07.2020, assim sendo tenho que falar em reconhecimento e declaração da nulidade do ato de citação e abertura de prazo para apresentação de defesa, na forma prevista no art. 168, inc. I do RI/TCDF, de modo a viabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório.

[...]

Dessa forma, por não vislumbrar óbices ao ora demandado, com espeque no art. 126, §3º, do RI/TCDF, **concedo prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento desta deliberação monocrática, para que as representantes legais da empresa Techmedical Importações e Comércio Ltda e subscritoras dos peticionamentos de peças 82 e 95 encaminhem a esta Corte de Contas as considerações e manifestações acerca das situações reportadas no item III da Decisão nº 2.228/2020.**

[...]

Reconhecendo a valorosa postura dessa eg. Corte prestigiando o princípio da ampla defesa e contraditório, a DEFENDENTE apresenta os devidos esclarecimentos demonstrando, ao fim e ao cabo, que **não há nenhuma irregularidade** a ser imputada a ela.

Importante frisar que, em análise dessa natureza, não se pode configurar irregularidade apenas, com todo o respeito devido a essa nobre Corte de Contas, com base em ilações e/ou provas insubsistentes.

É sobre tais pontos que irá se manifestar a DEFENDENTE pelos fundamentos a seguir expostos.

É o relato do necessário.

2. DO MÉRITO

Abaixo as razões de mérito pelas quais a DEFENDENTE entende não haver qualquer nível de responsabilização a ela imputável.

2.1. Da tempestividade

Em 17 de novembro de 2020 (terça-feira), a ora DEFENDENTE foi notificada do Despacho Singular nº 713/2020, prolatado por essa egrégia Corte de Contas do Distrito Federal, para manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

O início do prazo iniciou em 18 de novembro de 2020 (quarta-feira) vencendo somente em 02 de dezembro de 2020 (quarta-feira). Verifica-se, portanto, que é tempestiva a presente peça.

2.2. Do breve histórico da contratação

Inicialmente, necessário destacar que, a SES/DF publicou no Diário Oficial do Distrito Federal aviso de Abertura de Dispensa de Licitação, para *“recebimento de propostas referentes à aquisição emergencial de Equipamentos de Proteção Individual – EPIs, para o*

*combate da disseminação do COVID-19, nos termos da Lei nº 8.666/1993, processo nº 00060-00105182/2020-42”.*²

A Dispensa de Licitação foi instruída com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 e previa a aquisição de vários EPIs de saúde, divididos em 13 itens.

A DEFENDENTE participou do procedimento licitatório e foi selecionada por ter apresentado a melhor e mais vantajosa proposta para o item 13, que previa a aquisição de 2.266.773 máscaras cirúrgicas descartáveis, sendo empresa regular no mercado e apresentou todas as condições de habilitação exigidas no torneio.

2.3. Da suposta má qualidade das máscaras cirúrgicas e da compatibilidade das máscaras entregues com as especificações do Projeto Básico (III.a, Decisão nº 2228/2020)

Na Representação, dentre outras denúncias, o MPJTCDF apontou alguns instrumentos convocatórios para aquisição de máscaras cirúrgicas descartáveis, no âmbito das contratações durante o período pandêmico, que previram exigências irregulares quanto às características das máscaras, exigências essas que não estão especificadas em normas técnicas a respeito. Dentre esses instrumentos convocatórios denunciados está o Projeto Básico que ensejou a contratação da ora DEFENDENTE.

Quanto ao processo de dispensa de licitação que ensejou a contratação da DEFENDENTE, o i. *Parquet* destacou que as exigências feitas pela SES/DF no Projeto Básico não observaram os preceitos da ABNT NBR 15052:2004, apontando suposta baixa qualidade das máscaras entregues pela DEFENDENTE, alegando que não foram encontradas evidências de que as máscaras cumprissem as normas da ABNT.

Em manifestação da SES/DF nos autos do Processo, a Secretaria apresentou avaliações de órgãos internos e parecer técnico do Instituto de Pesquisas Tecnológicas - IPT, apontando supostos desacordos

² DOC. 02 – Documentos Comprobatórios.

entre as características da máscara entregue com aquelas exigidas na norma da ABNT NBR 15052:2004.

Inicialmente, cumpre destacar ponto importante e central da situação: o principal parâmetro utilizado pelo MPJTCDF e pela SES/DF para avaliar a qualidade das máscaras entregues pela DEFENDENTE é a norma da ABNT NBR 15052:2004, e não as especificações contidas no Projeto Básico editado pela própria Secretaria, **que, ressalta-se, em nenhuma parte de seu texto faz alusão à citada norma.** A vinculação ao instrumento convocatório, como o próprio nome sugere, vincula tanto o particular quanto a própria Administração:

Art. 3º A **licitação** destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e **será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

Art. 41. **A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.**

Se não havia exigência explícita de que as máscaras a serem fornecidas deveriam ter essa ou aquela característica, essa ou aquela condição, tais especificações técnicas deveriam ter sido **claramente registradas** no instrumento convocatório que deu azo à contratação, **o que não ocorreu.**

A propósito do respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto nos artigos mencionados, esse próprio Tribunal de Contas do Distrito Federal possui os seguintes entendimentos:

Decisão nº 3095/2017:

“DOCUMENTO SEM AUTENTICAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE CÓPIA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. Não é facultado à Administração acolher documento apresentado de forma distinta do previsto no edital, sob pena de violação ao princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório. Decisão por unanimidade.”

Decisão nº 3691/2017:

“DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA EDITALÍCIA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ALTERAÇÃO DE CONDIÇÕES DE COMPETITIVIDADE. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe aos contratantes observar as regras pré-estabelecidas no edital, as quais somente poderão ser alteradas mediante aditivos contratuais e desde que não representem alteração das condições de competitividade, sob pena de configurar ofensa ao princípio da isonomia e ensejar, consequentemente, a nulidade do ato. Decisão por unanimidade.”

Pela Cláusula “4 – Detalhamento das especificações” do Projeto Básico³, a máscara cirúrgica deveria atender às seguintes especificações:

MÁSCARA CIRÚRGICA DESCARTÁVEL. Aplicação: proteção de vias aéreas, para uso em serviços de saúde. Composição: Máscara em tecido não tecido (TNT) a base de polipropileno, em três camadas, com elemento filtrante e eficiência superior a 95% para partículas de 3,2µm, clipe nasal embutido não perfurante, sem memória, com tiras ajustáveis de amarrar. Tamanho: mínimo 17cmx17cm aberta. Processo de esterilização: não estéril. Forma de apresentação: Unidade (UN)
--

Já a norma ABNT NBR 15052:2004, que trata de *Artigos de não tecido de uso odonto-médico hospitalar - Máscaras cirúrgicas – Requisitos*, apresenta uma gama de especificações, dividindo a análise em 5 pontos distintos: 1) quanto à eficiência de filtragem de partículas; 2) à

³ DOC. 03 – Projeto Básico.

eficiência de filtragem bacteriana; 3) à pressão diferencial (respirabilidade); 4) à tração das amarras e dos fixadores; e 5) à repelência a fluidos.

Dessa primeira análise já é possível verificar a incompatibilidade das exigências, que são muito mais rigorosas e detalhadas na NBR 15052, em comparação às exigências básicas e genéricas previstas no Projeto Básico, ao qual esta DEFENDENTE e a Administração Distrital contratante **se vincularam estritamente** (arts. 3º e 41 da Lei nº 8.666/1993).

Se fosse do interesse da contratante o atendimento a todas as minuciosas especificações da NBR 15052, tal norma deveria ser, ao menos, referida no instrumento convocatório, o que não ocorreu, exigindo genericamente o atendimento a suas especificações pelas contratadas. Mas, como bem salientou o MPjTCDF, e pode ser constatado pela simples leitura do instrumento, as exigências feitas pela SES/DF no Projeto Básico não observaram os preceitos da ABNT NBR 15052:2004. Essa não é uma questão que toca à DEFENDENTE, que seguiu os estritos termos fixados pela própria Administração! Não se pode, após o lançamento das regras, alterá-las sem que haja prazo de transição para adaptação do mercado, o que não atinge a licitação em comento.

Quanto ao primeiro ponto indicado, a Lei nº 13.655/2018 é claríssima ao asseverar que:

Art. 24. A **revisão, nas esferas** administrativa, **controladora** ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa **cuja produção já se houver completado** **levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.**

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em **atos públicos de caráter geral** ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Edital ou Projeto Básico lançados a mercado são *atos públicos de caráter geral*, indistinto, a que qualquer um se submete.

Aplica-se o art. 24 em questão, sem qualquer sombra de dúvidas, ao presente caso concreto.

Não pode essa nobre Corte revisora, **agora**, querer alterar a regra posta quando da realização do processo seletivo.

Com relação ao segundo ponto indicado, a mesma Lei nº 13.655/2018 é também claríssima ao assentar que:

Art. 23. A **decisão** administrativa, **controladora** ou judicial **que estabelecer interpretação ou orientação nova** sobre norma de conteúdo indeterminado, **impondo novo dever ou novo condicionamento** de direito, **deverá prever regime de transição** quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Nos exatos termos apresentados pelo MPjTCDF na peça de Representação (e-DOC 24BFD560, página 3):

“Foram identificados 14 editais (vide ANEXO I), para aquisição de máscaras, em diversos órgãos do GDF. Desses, 4 contêm exigências similares às da denúncia (itens 1, 2 e 3 - SES e 14 – Hemocentro), ou seja, apenas junto à SES/DF e Hemocentro, não havendo essa exigência em nenhum dos outros 10 editais.

Ademais, no item “Máscara cirúrgica”, não há referência a que o produto deva atender aos requisitos da NBR 5052 nem aos da Anvisa:”

Nessa ordem de ideias, tem-se que as referidas normas suscitadas pelo MPjTCDF e pela SES/DF são inaplicáveis ao caso em tela, pois as especificações contidas nela **não foram exigidas pelo Projeto Básico que a própria Secretaria editou.**

A Administração, também, não pode violar o princípio da vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), amplamente debatido no Poder Judiciário:

1. É fato incontroverso nos autos que a recorrida encontra-se registrada no Ministério da Agricultura como "produtora de sementes." É o próprio art. 30 do Decreto n. 81.877/78 que conceitua produtor de semente como "toda pessoa física ou jurídica devidamente credenciada pela entidade fiscalizadora, de acordo com as normas em vigor". **Tendo a recorrida obtido o registro competente, não cabia à União indagar ou desclassificar essa situação jurídica sem o procedimento adequado**, a fim de excetuá-la da alíquota reduzida descrita no art. 278 do RIR (Decreto n. 85.450/80).

2. Ademais, ao assim pretender fazer, **está a União inserida em patente comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio**, pois a ninguém é dado *venire contra factum proprium*, tudo em razão da caracterização do **abuso de direito**. Assim, diante da especificidade do caso, sem razão a recorrente em seu especial, pois é o registro no órgão de fiscalização competente, diante do reconhecimento da própria União do cumprimento dos requisitos legais, que faz com que a pessoa jurídica ora recorrida seja qualificada como produtora de sementes.

3. Agravo regimental improvido.⁴

I. Tendo em vista que o abandono de cargo (assim como ocorre com a inassiduidade habitual, nos termos do art. 139 da Lei n.º 8.112/1990) se revela como um grau (e, mais precisamente, o grau máximo) de faltas ao serviço, a elisão de tal situação jurídica, por parte da própria Ré, ao realizar arquivamento de PAD – processo administrativo disciplinar para se apurar tudo isso — convencendo-se dos argumentos desenvolvidos pela AUTORA sobre a forma de justificação de motivo de faltas ao serviço

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 396489/PR, Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins. **Diário eletrônico de Justiça (do) Superior Tribunal de Justiça**. 26 mar. 2008.

adotada por ela, e, por conseguinte, declarou a inexistência de responsabilidade administrativa da AUTORA pela suposta prática da indigitada conduta —, deixa de justificar a realização de descontos na remuneração da AUTORA a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias, com fundamento no art. 44, caput, II, dessa Lei, já que simplesmente não se reconhece a existência de uma causa que produza este efeito jurídico genérico.

II. Mesmo que assim não fosse, em aplicação do **princípio da vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si** (expresso através da máxima *nemo potest venire contra factum proprium*), não é tolerável, por parte da Ré, ou seja, da **mesma entidade pública, na mesma conjuntura, diante de uma mesma conduta praticada pela AUTORA**, reconhecer a licitude da forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela e, **pari passu**, realizar desconto em sua remuneração a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias.⁵

Nos autos do Processo de Contas nº 1291-02.00/10-0, foi imputado débito ao Chefe do Poder Executivo do Município de Segredo, referente à contratação indevida de serviços advocatícios da parte ré para a recuperação de créditos previdenciários que já haviam sido objeto de ação judicial anterior, proposta por outros procuradores. Entretanto, o fato de o agente político ter contratado escritórios de advocacia para execução de serviços semelhantes, implicando gasto indevido, não demonstra, de per si, que a parte ré tenha causado dano ao erário. Ao contrário, foi comprovado o adimplemento contratual, o que obsta seja imputada à parte apelada a responsabilidade pela glosa. **Situação que denota conduta contraditória do Município de Segredo - venire contra**

⁵ Apelação Cível 420402, Sétima Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, Fonte: DJU - Data: 09/12/2008, p. 238.

factum proprium. A improcedência do pedido, portanto, era medida que se impunha. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.⁶

Como exemplo, temos o que foi, inclusive, suscitado pelo i. *Parquet* quanto ao elemento de filtragem da partícula. O Projeto Básico previu máscara com elemento filtrante e eficiência única superior a 95% para partículas de 3,2µm. Já a norma técnica estipula diferenciação entre filtragem bacteriana (95%) e filtragem de partículas (98%) utilizando-se partículas de 0,1µm, quantidade 3100% inferior ao previsto no Projeto Básico.

Sobre esse ponto, o MPjTCDF assim dispôs na Representação (e-DOC 24BFD560, página):

“Importante destacar que nas contratações do estado do Paraná, não foram constatadas as exigências de dimensões das partículas a serem filtradas: 3,2 micrômetros.

A esse respeito, ainda, o MPT e o MPC/DF diligenciaram junto ao Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), cuja resposta segue em anexo, e, pela sua relevância, deve ser transcrita, no essencial:

3) É considerado inadequado um edital que preveja o seguinte:

(...) Ponderando que a norma que regulamenta este tipo de material determina que a eficiência de filtração deve ser ≥ 98 % utilizando-se partículas de 0,1µm, considera-se um edital com a referida especificação inadequado”

Fazendo-se analogia às proporções, isso equivale à situação hipotética de a SES/DF lançar um Edital para comprar filtros para bolas de basquete, mas reprovar os filtros por não filtrarem bolas de gude. **Novamente a vinculação ao instrumento convocatório se impõe, além da vedação ao comportamento contraditório.**

⁶ Apelação e Reexame Necessário Nº 70067057430, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 09/06/2016.

Cumpre salientar que a SES/DF, num primeiro momento, emitiu o Despacho – SES/SUGEP/COAP/DIAP/GSHMT,⁷ reiterando a descrição da máscara exigida no Projeto Básico e atestando que as especificações das máscaras cirúrgicas que foram entregues pela DEFENDENTE atendem à necessidade da Secretaria:

ITEM	MARCA	QUANTIDADE PROPOSTA PELA TECHMEDICAL	UN	DESCRIÇÃO PROJETO BÁSICO SES	ANÁLISE TÉCNICA	PARECER TÉCNICO
MÁSCARA CIRÚRGICA	ANZU	1.000.000	Unidade	MÁSCARA CIRÚRGICA	As máscaras cirúrgicas são confeccionadas em	Considerando

https://sei.df.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_imprimir_web&acao_origem=anvore_visualizar&id_documento=46902452&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110003778&infra_hash=7e8da3... 1/3
Documento assinado digitalmente. Para verificar as assinaturas, acesse www.tcfdf.gov.br/autenticidade e informe o e-DOC 27C80DB3

26/05/2020 SEI/GDF - 40361383 - Despacho e-DOC 27C80528

<p>DESCARTÁVEL (três camadas) Código 37423</p>	<p>DESCARTÁVEL. Aplicação: proteção de vias aéreas, para uso em serviços de saúde.</p> <p>Composição: Máscara em tecido não tecido (TNT) a base de polipropileno, em três camadas, com elemento filtrante e eficiência superior a 95% para partículas de 3,2µm, clipe nasal embutido não perfurante, sem memória, com tiras ajustáveis de amarrar. Tamanho: mínimo 17cmx17cm aberta. Processo de esterilização: não estéril. Forma de apresentação: Unidade (UN)</p>	<p>material tecido-não-tecido (TNT) para uso médico hospitalar, com camada interna, uma externa e um elemento filtrante. A máscara é confeccionada de forma a cobrir adequadamente a área do nariz e da boca do usuário, possui um clipe nasal constituído de material maleável que permite o ajuste adequado do contorno do nariz e das bochechas. O TNT utilizado tem registro de determinação de eficiência de filtração bacteriológica pelo fornecedor do material cujo elemento filtrante possui eficiência de filtrar de partículas (EEF) maior 98% e eficiência de filtragem bacteriológica (BFE) maior 95%. 40360528</p>	<p>o estágio de transmissão comunitária e o estado de calamidade pública decretado frente ao COVID19, as especificações atendem a necessidade SES-DF.</p>
--	--	--	---

Porém, em momento posterior negou o recebimento dos lotes seguintes, apresentando motivos diversos, o que caracteriza o comportamento contraditório a que se fez referência.

Em manifestação nos autos, a SES/DF anexou pareceres da unidade interna e do Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, concluindo pelo não atendimento das máscaras entregues pela DEFENDENTE às especificações exigidas, mas **ambos** adotando parâmetro especificações

⁷ DOC. 04 – Despacho SES.

contidas nas normas da ABNT NBR 15052:2004, **mas não no Projeto Básico.**

Antes de adentrar nos argumentos sobre os pareceres apresentados pelas SES/SE, cumpre especificar, novamente, as exigências do edital:

Descrição completa do **item 91574**, conforme consta no Projeto Básico:

- Aplicação: proteção de vias aéreas, para uso em serviços de saúde.
- Composição: Máscara em tecido não tecido (TNT) a base de polipropileno, em três camadas, com elemento filtrante e eficiência superior a 95% para partículas de 3,2µm, clipe nasal embutido não perfurante, sem memória, com tiras ajustáveis de amarrar.
- Tamanho: mínimo 17cmx17cm aberta.
- Processo de esterilização: não estéril.
- Forma de apresentação: Unidade (UN)

O Parecer Técnico nº 21 200 – 301, juntado pela SES/DF, (e-DOC 7B9A13D8) emitido em 1/07/2020 pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas - IPT, tomou como parâmetro a Norma da ABNT NBR 15052, conforme trecho transcrito e tabela apresentada abaixo, o que, como amplamente defendido, não pode servir de parâmetro para atestar o cumprimento da obrigação pelo DEFENDENTE:

“O presente Parecer Técnico tem como objetivo avaliar três tipos de máscaras cirúrgica, fornecidas pelo Ministério Público do Trabalho – MPT, verificando suas características e conformidade para com os requisitos técnicos determinados na norma ABNT NBR 15052:2004, bem como demais esclarecimentos técnicos necessários.

Este Parecer Técnico tem como objetivo determinar as principais características dos materiais fornecidos, **avaliando sua conformidade para com os requisitos técnicos gerais e de**

**desempenho previstos na norma ABNT NBR 15052: 2004 -
Artigos de não tecido de uso odonto-médico-hospitalar-
Máscaras cirúrgicas - Requisitos.”**

produto e diretamente relacionado com eficiência de filtragem de partículas.

4.3. Avaliação do material LTP 665/20

Tabela 5 – Verificação das características construtivas e dimensionais do material LTP 665/20

CARACTERÍSTICAS	REQUISITO ABNT NBR 15052	RESULTADOS DA VERIFICAÇÃO	ATENDIMENTO AO REQUISITO
Construção (elementos)	Material	Fabricada em não tecido, sem fibra de vidro* e livre de odores, contendo, obrigatoriamente, um elemento filtrante.	Atende
	Clipe nasal	Produzido em material maleável, embutido dentro do material, não devendo projetar-se para fora.	Atende
	Alças ou tiras de fixação	Produzidas em tiras ou elásticos, devem ser fixadas nas margens horizontais ou verticais das máscaras, sem furos ou costuras.	Atende
Dimensões (mm)	Comprimento das alças ou tiras	≥ 100 (alças/elásticos) ≥ 800 (tiras)	150 ± 16 Atende
	Comprimento da máscara	≥ 90	94 ± 3 Atende
	Largura da máscara	≥ 175	181 ± 3 Atende
	Comprimento do clipe nasal	≥ 130	86 ± 1 Não atende

* A presença de fibra de vidro nos materiais não foi avaliada.

Av. prof. Almeida Prado, 532 | Butantã
São Paulo | SP | 05508-901
Tel 11 3767 4000 | Fax 11 3767 4002 | ipt@ipt.br
www.ipt.br

Parecer Técnico 21 200-301 (43232700) SEI 00060-00213659/2020-62 / pg. 13

e-DOC 1FB6022C
Proc 00609-00002174/2020-91-e

13/15



Laboratório de Têxteis Técnicos e Produtos de Proteção/CQuiM/IPT

Parecer Técnico nº 21 200 – 301

Tabela 6 – Avaliação das propriedades de desempenho do material LTP 665/20

PROPRIEDADES	REQUISITO ABNT NBR 15052	RESULTADOS DA VERIFICAÇÃO	ATENDIMENTO AO REQUISITO
Eficiência de filtragem de partículas a 0.1µ (%)	≥ 98	93	Não atende
Pressão diferencial (respirabilidade) (mmH ₂ O/cm ²)	$\leq 4,0$	0,18	Atende
Resistência à tração das amarras e dos fixadores (N)	Direita	$\geq 11,3$	$34,4 \pm 23,2$ Atende
	Esquerda	$\geq 11,3$	$45,1 \pm 14,3$ Atende
Repelência a fluidos	Não deve haver evidência de sangue alcançando a camada interna da máscara.	O líquido alcançou a camada interna da máscara.	Não atende

Os resultados apresentados na Tabelas 5 caracterizam o material LTP 665/20 como máscara

Vê-se que, nos pontos em que a máscara não atende aos requisitos, trata-se de daqueles **não exigidos no edital**:


- Comprimento do clipe nasal – o projeto básico não traz exigência de parâmetros de dimensão, exigindo apenas que seja **embutido não perfurante**;
- Eficiência de filtragem de partículas a 0,1µm – o projeto básico prevê **eficiência superior a 95% para partículas de 3,2µm**.

Eventual reprovação da máscara com base em falhas de filtragem demandaria um teste de filtragem específico para partículas do tamanho das apontadas pelo Projeto Básico – teste este que não foi realizado;


- Repelência a fluidos – o projeto básico não possui nenhuma exigência quanto a esse aspecto.

Pelo Parecer Técnico n.º 98/2020 - SES/SINFRA/DIAOP/GHS (e-DOC 7B9A13D8), de 10/07/2020, vê-se que os requisitos objetivos quanto ao produto foram atendidos: tamanho adequado, clipe nasal embutido não perfurante, tiras ajustáveis de amarrar. Quanto ao quesito “Resistentes”, não há parâmetros objetivos no projeto básico para realizar tal avaliação, nem houve maiores esclarecimentos justificando o não atendimento dessa exigência, ainda mais considerando que os demais quesitos relativos ao produto foram plenamente atendidos pela DEFENDENTE.

Mesmo a DEFENDENTE tendo atendido às demais especificações de composição - clipe nasal embutido não perfurante + tiras ajustáveis de amarrar + tamanho adequado - a SES/DF conclui, **contraditoriamente**, o que não pode ocorrer, pelo não atendimento ao quesito “Composição compatível com solicitado”.

OK 57_1FB6022C_OFCIO.pdf 		
2.2 Produto	SIM	NÃO
Composição compatível com solicitado		X
Tamanho adequado (17,5x9cm aberta)	X	
Clipe nasal embutido não perfurante	X	
Tiras ajustáveis de amarrar	X	
Resistentes		X
Atóxico e Hipoalergênico (SEM CONDIÇÕES DE AFERIR)		

Parecer Técnico 98 (43287159) SEI 00060-00105182/2020-42 / pg. 1



Merece destaque o Memorando nº 134/2020 - SES/SRSCE/DIRAPS/GSAP1-NA, de 25 de maio de 2020 (e-DOC 27C80DB3), em que, **após a contratação e entrega do primeiro lote de máscaras, a SES/DF acrescentou exigências e detalhamentos que deveriam ser observadas pela DEFENDENTE, mas que não constaram do edital**, conduta que configura afronta direta à vinculação ao instrumento convocatório, conforme amplamente já registrado:

“Esse tipo de material (máscara cirúrgica), mesmo que sem registro pela Anvisa, deve atender aos requisitos estabelecidos nas seguintes normas técnicas:

- ABNT NBR 15052:2004 - Artigos de não tecido de uso odontológico-hospitalar - máscaras cirúrgicas - Requisitos; e
- ABNT NBR 14873:2002 - não tecido para artigos de uso odontológico-hospitalar - Determinação da eficiência da filtração bacteriológica;
- a camada externa e o elemento filtrante devem ser resistentes à penetração de fluidos transportados pelo ar (repelência a fluidos);

- a máscara deve ser confeccionada de forma a cobrir adequadamente a área do nariz e da boca do usuário, possuir um clipe nasal constituído de material maleável que permita o ajuste adequado do contorno do nariz e das bochechas;
- o TNT utilizado deve ter a determinação da eficiência da filtração bacteriológica pelo fornecedor do material, cujo elemento filtrante deve possuir eficiência de filtração de partículas (EFP) > 98% e eficiência de filtração bacteriológica (BFE) > 95%.

A SES/DF, ao deixar de considerar a compatibilidade existente entre o objeto do certame e a máscara entregue, nada mais faz senão descumprir o instrumento convocatório por ela própria criado.

Não houve descumprimento do Projeto Básico pela DEFENDENTE, mas sim omissões por parte SES/DF, que tenta, agora, afastar a própria responsabilidade tentando tirar o foco de falhas internas **não imputáveis à DEFENDENTE**.

Em outras palavras, ao verem que não teriam como justificar contratação baseada no Projeto Básico contrário às normas pertinentes, alguns membros da SESDF se lançaram em verdadeira campanha de distorção dos fatos. Alegaram ao MPT e ao TCDF que as queixas dos usuários internos se dirigiam às máscaras das DEFENDENTE, quando, na verdade, essas queixas eram anteriores ao fornecimento e dirigidas às próprias especificações constantes do instrumento convocatório.

Infere-se, assim, que **as falhas apontadas na Representação são com relação às exigências previstas no instrumento convocatório editado pela SES/DF**, não podendo ser transferidas para a DEFENDENTE, que **cumpriu exatamente às especificações do Projeto Básico**.

A DEFENDENTE não pode ter as máscaras reprovadas com base em especificações diferentes – e muito mais exigentes – daquelas definidas no Projeto Básico, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que é corolário do princípio da legalidade,

impondo à Administração e ao licitante a observância das normas editalícias, como preleciona a Lei nº 8.66/1993.

O Superior Tribunal de Justiça faz eco a tal entendimento, vejamos:

1. Esta Corte Superior possui entendimento de que não pode a administração pública descumprir as normas legais, em estrita observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no artigo 41 da Lei n. 8.666/1993. (STJ, Resp 1.620.661, julgado em 09/08/2017)

3. Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no artigo 41, da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame. (STJ, AResp 458.436, Julgado em 02/04/2014)

Ante o exposto, tem-se que não foram evidenciados, pelo MPJTCDF ou pela SES/DF, descumprimento das especificações contidas no Projeto Básico para as máscaras cirúrgicas entregues pela DEFENDENTE.

Por isso, a DEFENDENTE não possui qualquer responsabilidade quanto ao ocorrido.

2.4. Da compatibilidade dos preços apresentados com os preços praticados no mercado no período da aquisição das máscaras (III.b, Decisão nº 2228/2020)

Alega-se, ainda, possível sobrepreço na aquisição das máscaras cirúrgicas descartáveis. Tal apontamento, com o devido respeito, também não tem qualquer fundamento, inclusive pelos apontamentos feitos no item anterior.

Devido ao momento em que foi realizada a Dispensa de Licitação, no qual o DF vive uma situação de calamidade pública decorrente da pandemia causada pelo novo coronavírus (COVID-19), vislumbra-se como **razoável e proporcional que o exame do valor contratado seja realizado com base em outros processos de licitação, considerando o mesmo período, mormente devido a notória e indiscutível elevação de preços de insumos de saúde, facilmente identificável no site do Ministério da Saúde em relação às máscaras cirúrgicas.**

Em relação aos preços praticados, foram identificadas as aquisições realizadas no ano de 2020,⁸ conforme tabela abaixo:

Modalidade	Código CATMAT	Descrição Item	Quantidade Ofertada	Valor Unitário	Fornecedor	Órgão	UASG – Unidade Gestora	Data da compra
Dispensa de Licitação	321795	Máscara Cirúrgica	150.000	R\$ 3,59	Nacional Comercial Hospitalar S.A.	Fundação Oswaldo Cruz	254492 – Instituto de Pesquisas Evandro Chagas – IPEC	29/04/20
Pregão	321795	Máscara Cirúrgica	70.000	R\$ 4,50	Cirúrgica Mosqueira LTDA	Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares	155012 – Hospital U. Cassiano Antonio de Moraes	09/03/20
Pregão	321795	Máscara Cirúrgica	6.000	R\$ 5,00	SOS Distribuidora de Produtos para Saúde LTDA	Comando da Aeronáutica	100628 – Grupamento de Apoio de Belém	05/03/20

⁸ <https://paineldeprecos.planejamento.gov.br/analise-materiais> em 30/11/20.

Modalidade	Código CATMAT	Descrição Item	Quantidade Ofertada	Valor Unitário	Fornecedor	Órgão	UASG – Unidade Gestora	Data da compra
Pregão	321795	Máscara Cirúrgica	4070	R\$ 6,50	Carla de Oliveira Correa	Comando da Aeronáutica	120195 – Centro de Aquisições Específicas	15/01/20
Dispensa de Licitação	321795	Máscara Cirúrgica	5	R\$ 8,00	TOP Norte Comércio de Material Médico Hospitalar Eireli	Comando do Exército	160399 – Hospital Militar de Área de Porto Alegre	31/03/20
Pregão	321795	Máscara Cirúrgica		R\$ 8,22	J. F. A. Koch & CIA LTDA	Cons. Reg. De Fisioterapia Ocup. Da 13ª Região	926395 – Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia	10/02/20

Considerando-se as licitações referentes a mesma época da contratação aqui tratada, tem-se que **o valor médio da unidade da máscara é de R\$ 5,90 (cinco reais e noventa centavos)**. O preço da unidade da máscara entregue pela DEFENDENTE é de **R\$ 3,65 (três reais e sessenta e cinco centavos)**, ou seja, **quase 40% (quarenta por cento) inferior à média daquele mesmo período, o que descaracteriza qualquer entendimento possível acerca de sobrepreço na contratação efetuada.**

Destarte, entende-se que inequivocamente os preços da contratação mostram-se em conformidade com o praticado no mercado no momento da efetivação, do mesmo modo que comprovadamente possui a qualidade técnica exigida pela norma sanitária regente da matéria.

A argumentação trazida pelo i. *Parquet*, cioso como mesmo deve ser em relação ao patrimônio público, desconsiderou a progressão da pandemia que continua a assolar a sociedade brasileira e mundial, de forma

que não se atentou adequadamente, com o devido respeito, aos distintos cenários estabelecidos em cada mês do enfrentamento da crise de saúde.

A análise da Unidade Técnica, em sentido contrário e zelosamente, atentou-se à curva de valores estabelecida no mercado de tais insumos:

65. Noutro passo, para uma adequada análise dos preços praticados, há que considerar as quantidades adquiridas e as oscilações ocasionadas pela variação de valores, dada a situação de emergência, cenário em que ocorre aumento de demanda na indústria, dificuldades de importação e a necessidade de atendimento imediato às unidades de saúde. Com efeito, o art. 3º, IX, da Resolução TCDF 333/2020, com redação dada pela Resolução TCDF 338/2020, estabeleceu como diretriz para as unidades técnicas desta Casa que as análises das contratações de que trata a mencionada Resolução deveriam levar em consideração as “oscilações ocasionadas pela variação de preços em tempos de pandemia”.

66. Assim, realizou-se pesquisa no Alphasnet e no Comprasnet, acerca do bem em questão, registrado nos mencionados sistemas com os códigos 91574 e 321795, respectivamente.

72. Posteriormente, em 30/03/2020, há Despachos do Subsecretário de Administração e do Secretário de Saúde nos quais reconhecem e ratificam a Dispensa de Licitação 15/2020, com estimativa média de R\$ 4,72 e mediana de R\$ 4,57 (e-DOC 1160974D, Peça 9, fls. 1094/1101), sendo adquiridas por R\$ 3,90, conforme a proposta da empresa (e-DOC 1160974D, Peça 9, fls. 779/780).

Ainda, a justificativa da disparidade dos preços comparando os momentos pré e pós pandêmicos é atestado no seguinte trecho transcrito abaixo, retirado do despacho SES/SULOG, à GHS, DIENF, GSHMT, de 27 de maio de 2020 (e-DOC 27C80DB3):

“Ademais, importante ressaltar que o material em questão era adquirido regularmente pela SES/DF por aproximadamente R\$ 0,11 a unidade, **antes da pandemia, e que com o aumento da demanda, as dificuldades de importação e a necessidade de atendimento imediato a diversos estados e instituições privadas, a indústria se viu impossibilitada de absorver a demanda, e as máscaras adquiridas de forma emergencial**

foram compradas a um valor muito maior, devidamente justificado pela situação de urgência.”

Nesse sentido, requer-se que a decisão a ser proferida por essa Eg. Corte de Contas considere plenamente regular os atos de contratação praticados por esta DEFENDENTE e improcedente a Representação, com o consequente o arquivamento dos autos, em face da inexistência de qualquer irregularidade por parte desta DEFENDENTE.

2.5. Da observância obrigatória dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

A Administração deve agir, sempre, buscando evitar a aplicação de rigor excessivo ou de formalismo exacerbado na condução dos processos administrativos que conduz.

O excesso de zelo e o formalismo desnecessário do gestor público, mesmo no processamento de sanções a particulares, poderá ser prejudicial tanto para a própria Administração quanto para os administrados.

De forma bastante incisiva, Carlos Pinto Coelho Motta, citando voto do então Ministro do Tribunal de Contas da União, Marcos Vinícios Vilaça, aduz que:

O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. (COELHO MOTTA. Eficácia nas licitações e contratos. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 125)

A própria Lei do Processo Administrativo Federal, incorporada ao DF, aduz que:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,

proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

No presente caso, é imperioso que a garantia do direito de ampla defesa e contraditório merecia sobrepor-se ao rigor formal, visto que só assim estaria garantindo o alcance da verdade material dos fatos.

No Direito Administrativo, por se tratar de ramo jurídico não codificado, os princípios ganham relevância na interpretação e consolidação de seus institutos.

Além dos princípios trazidos nos artigos supracitados, destacam-se outros dois muito presentes no âmbito administrativo e que devem ser observados no caso, quais eles o princípio da verdade material e o do formalismo moderado.

O **princípio da verdade material** reflete-se no comprometimento da Administração na busca da verdade irrefutável, sobrelevando um bem maior, que é o interesse público, e buscando um objetivo comum, que é a justiça social.

O **princípio do formalismo moderado** traduz-se na flexibilização das formalidades nos processos administrativos, especialmente em relação aos atos dos particulares, para que estes não venham a ser rejeitados por motivos que não prejudicariam a essência do processo ou que impeçam sua verdadeira finalidade.

Os dois princípios apresentados regem a maioria dos processos administrativos, sendo invocados pelas autoridades julgadores na

fundamentação de suas decisões, quando necessário o temperamento das formas processuais para se alcançar um objetivo real.

O processo administrativo não deve ser um instrumento voltado apenas à atuação da lei, mas sim preocupado com a proteção dos direitos fundamentais, já que a lei deve encontrar fim nestes. Essa deve ser a postura do Poder Público, interpretando a norma de forma que melhor atenda ao fim público a que se dirige.

2.6. Da boa-fé e da ausência de dolo por parte da DEFENDENTE

O dolo ou a má-fé do agente público são fatores norteadores da ação dessa eg. Corte de Contas.

Tanto é assim que, segundo o Regimento Interno do TCDF:

Art. 187. (*omissis*)

§ 3º Na ocorrência de perda, extravio ou outra irregularidade **sem que se caracterize a má-fé de quem lhe deu causa**, se o dano for imediatamente ressarcido, a autoridade administrativa competente deverá, em sua tomada ou prestação de contas ordinária, comunicar o fato ao Tribunal, **ficando dispensada desde logo a instauração de tomada de contas especial.** (...)

Art. 229. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Distrito Federal. (...)

§ 6º O denunciante não se sujeitará a nenhuma sanção administrativa, cível ou penal em decorrência da denúncia, **salvo em caso de comprovada má-fé.** (...)

Art. 259 (*omissis*)

§ 2º A decisão que considerar legal o ato e determinar o seu registro poderá ser revista de ofício pelo Tribunal, com a oitiva do Ministério Público e do beneficiário do ato, no prazo de até cinco anos da apreciação, se verificado que o ato viola a ordem jurídica, ou **a qualquer tempo, no caso de comprovada má-fé.**

Como se vê, a atuação dessa eg. Corte é regulada fortemente pela presença, ou não, do elemento má-fé no agir do gestor público ou da pessoa interessada que provoca a ação do Tribunal.

Não houve a prática de qualquer conduta dolosa na intenção de violar o cumprimento da legislação ou de causar qualquer prejuízo aos cofres públicos do DF.

O que releva considerar é que eventual falha – se é que existiu – não foi proposital, com o objetivo de beneficiar a si ou a quaisquer outras pessoas, mas com o nítido propósito de atender precipuamente ao interesse público.

Não há, por isso, motivos bastantes e suficientes para se responsabilizar o particular.

3. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer-se a Vossa Excelência se digne a **DETERMINAR** o **ARQUIVAMENTO** destes autos em relação a DEFENDENTE, por ausência de fundamento fático e normativo para o prosseguimento do feito.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 02 de dezembro de 2020

RAYLA SILVA DAMASCENO ARRUDA

OAB/DF nº 48.141

KARINA AMORIM SAMPAIO COSTA

OAB/DF nº 23.803