

Teoria dos Motivos Determinantes

- A Administração, ao justificar o ato administrativo, fica vinculada às razões ali expostas, para todos os efeitos jurídicos.
- A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário.
- Enunciadas pelo agente as causas em que se pautou, mesmo que a lei não haja imposto tal dever, o ato só será legítimo se elas realmente tiverem ocorrido.

NÚMERO DO ACÓRDÃO
ACÓRDÃO 1147/2010 -
PLENÁRIO

RELATOR
AUGUSTO SHERMAN

PROCESSO
032.097/2008-4 Iau

TIPO DE PROCESSO
REPRESENTAÇÃO (REPR)

DATA DA SESSÃO
19/05/2010

NÚMERO DA ATA
16/2010 - Plenário

INTERESSADO / RESPONSÁVEL / RECORRENTE

3. Partes:

3.1. Interessada: Pro Scan Comércio e Serviços Ltda.

3.2. Responsáveis: Alexandre Cabana de Queiroz Andrade (CPF XXX.636.947-XX); Oscar Apolônio do Nascimento Filho (CPF XXX.002.731-XX).

ENTIDADE

Coordenação Geral de Logística do Ministério da Justiça - CGL/MJ.

REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Não atuou.

UNIDADE TÉCNICA

Coordenação Geral de Logística do Ministério da Justiça - CGL/MJ.

REPRESENTANTE LEGAL

Sérgio Palomares (OAB/DF 12.526); Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima (OAB/DF 12.907); Lúcio Mendes Frota (OAB/DF 16.990); Gustavo César Leal Farias (OAB/DF 26.226); Carlos Henrique de Souza Oliveira (OAB/DF 29.563); Rogério Soares Gutierrez (OAB/DF 7.102); Thiago Machado de Carvalho (OAB/DF 26.973); Olívia Tonello Mendes Ferreira (OAB/DF 21.776); Cláudia Regina Almeida (OAB/SP 90.433); Bárbara Serpa Pinto (OAB/SP 221.575); Heloísa Helena de Macedo e Almeida (OAB/DF 21.244); Pedro Raphael Campos (OAB/DF 13.836); João Paulo Machado Baumotte (OAB/DF 21.756); Júlio César Soares (OAB/DF 13.836); Elisa Lima Alonso (OAB/MG 107.255); Lucivalter Expedito da Silva (OAB/DF 18.483); José Pinheiro de Souza Sobreira (OAB/DF 91.079); Douglas Fernandes de Moura (OAB/DF 25.085); Érico Joaquim da Silva Júnior (OAB/DF 24.625); Renata Luiz Gerheim (OAB/DF 23.529).

SUMÁRIO

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA AQUISIÇÃO DE DETECTORES PORTÁTEIS DE SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS. INDÍCIOS DE SOBREPREÇO E DE DIRECIONAMENTO DAS ESPECIFICAÇÕES PARA PRODUTO DE UM ÚNICO FABRICANTE. INDÍCIOS DE VÍCIOS NA MOTIVAÇÃO UTILIZADA PARA ESPECIFICAÇÃO DO EQUIPAMENTO. PLAGIAMENTO DE RELATÓRIO COM FINS DE MOTIVAR A AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO. ANTIECONOMICIDADE E LIMITAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. OITIVAS. ANULAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. AUDIÊNCIAS.

REJEIÇÃO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTATAÇÃO DE SOBREPREÇO. MULTA. 1. Em consonância com a teoria dos motivos determinantes, a validade do ato praticado pelo agente público se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade e a responsabilização de quem deu causa. 2. A caracterização da antieconomicidade da aquisição

pode ocorrer quando se verifica que, não fosse a falsidade dos estudos supostamente realizados para especificação do objeto, os quais conduziram à escolha de características presentes em um único equipamento, haveria possibilidade de a licitação realizada ter previsto características mínimas presentes em outros modelos que, assim especificadas, resultariam na ampliação da concorrência com comparecimento de mais de um licitante e com efetivo oferecimento de lances, em legítimo ambiente concorrencial visando a contratação mais vantajosa, conforme objetivado na modalidade pregão.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação acerca de possíveis irregularidades presentes no edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 016/2006, conduzido pela Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça, tendo por objeto a aquisição de detectores portáteis de traços de substâncias ilícitas para aplicação em penitenciárias federais,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar a representação parcialmente procedente;

9.2. rejeitar parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Alexandre Cabana de Queiroz Andrade, então Coordenador-Geral de Políticas, Pesquisa e Análise da Informação/Depen/MJ, e aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor, tendo em vista os fatos que lhe foram imputados nos subitens 9.3.1 (9.3.1.1.1, 9.3.1.1.2, 9.3.1.1.3) e 9.3.1.2 do Acórdão 1198/2008-TCU-Plenário;

9.3. rejeitar parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Oscar Apolônio do Nascimento Filho, então Coordenador de Administração/Depen/MJ, e aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 1.900,00 (mil e novecentos reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor, tendo em vista os fatos que lhe foram imputados no subitem 9.3.2.1 do Acórdão 1198/2008-TCU-Plenário;

9.4. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas a que se referem os subitens anteriores, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.5. determinar a Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça – CGL/MJ e ao Departamento Penitenciário Nacional – Depen/MJ que:

9.5.1. nos processos licitatórios promovidos sob a modalidade pregão, justifique adequadamente a necessidade da contratação pretendida, em observância aos arts. 9º, inciso III, do Decreto 5.450/2005 e 3º, incisos I e III, da Lei 10.520/2002, de forma a evitar as falhas observadas no âmbito do Pregão Eletrônico para Registro de Preço nº 16/2006, cuidando, em especial, para que a motivação existente no processo reflita verdadeiramente as necessidades reais de especificação do objeto licitado;

9.5.2. na elaboração de estimativas de preços de seus procedimentos licitatórios:

9.5.2.1. apure com acuidade o valor de mercado do objeto licitado, recorrendo, quando se tratar de objeto com escassos fornecedores no país, a informações quanto aos preços praticados no mercado internacional, inclusive junto ao próprio fabricante, visando a garantir a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, em atenção ao disposto no art. 3º da Lei 8.666/93;

9.5.2.2. explicitar, quando for o caso, todos os custos e despesas envolvidas no preço final estimado, tais como impostos, taxas aduaneiras, fretes, seguros, treinamentos, assistência técnica, e outras, no intuito de aferir com precisão os valores praticados no mercado e de forma a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, conforme art. 3º da Lei 8.666/93;

9.6. apensar o presente processo ao TCProcesso 020.441/2006-1 (processo original que trata de representação quanto a possíveis irregularidades no Pregão 16/2006 – CGL/MJ);

9.7. retirar a chancela de sigilo que recai sobre o inteiro teor desta deliberação, preservando-se, no entanto, sigilo sobre as peças constantes do processo, em razão da existência de documentos sigilosos mencionados no Acórdão 2035/2006-TCU-Plenário e no Acórdão 1198/2008-TCU-Plenário, e

9.8. dar ciência desta deliberação ao Ministério da Justiça e à representante.

QUÓRUM

13.1. Ministros presentes: Ubiratan Aguiar (Presidente), Valmir Campelo, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge e José Múcio Monteiro.

13.2. Auditores convocados: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator) e Marcos Benquerer Costa.

13.3. Auditores presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

3.25 Para uma percepção clara do campo de atuação deste Tribunal no exame dos elementos formadores dos atos administrativos, transcrevem-se ensinamentos de Hely Lopes Meirelles que, informando quanto ao controle judicial desses atos, acaba por definir também princípios norteadores de ação desta Corte de Contas.

'A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle de legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração.'

(...)

Não há confundir, entretanto, o mérito administrativo do ato, infenso a revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo.'

(LOPES MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. Ed. Malheiros Editores, 34ª ed., pág. 717)

'Erro é considerar o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo.'

O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que reputa mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.'

(LOPES MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. Ed. Malheiros Editores, 34ª ed., pág. 122)

3.26 No caso concreto, uma vez que não está em discussão a legalidade do ato administrativo, é no exame da legitimidade que tem incidido as avaliações desta Corte. Nesse exame, verifica-se a conformidade do mérito administrativo e seus motivos determinantes com os princípios básicos da Administração Pública.

3.27 Nesse contexto, dentre os princípios básicos administrativos, ganha destaque a verificação da razoabilidade da opção do administrador, não havendo nesse caso invasão do mérito administrativo, conforme aduz Celso Antônio Bandeira de Mello:

'Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício da discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada.'

(...)

Ou seja, o mero fato de a lei, em tese, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial.

Não se suponha que haveria nisto invasão do chamado 'mérito' do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, nos casos de discricção, deve exercer sobre a conveniência ou oportunidade de certa medida.

(...)

Logo, nos casos em que, em juízo equilibrado, sereno, procedido segundo padrões de razoabilidade, seja convincente que dada providência seguramente é a melhor ou que seguramente não o é, ter-se-á de reconhecer inexistência de discricionariedade na opção que houver discrepado de tal juízo.'

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Ed. Malheiros Editores, 17ª ed., pág. 846/847)

3.28 Observa-se que o ato administrativo, inclusive seu mérito - conveniência e oportunidade, está sujeito a verificação de julgador externo no que se refere à legalidade e legitimidade, em que se afere sua aderência aos princípios do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade. Porém, tal agente não pode 'invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que reputa mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração', como ensina Hely Lopes.

3.29 Dessa forma, no caso em tela, conforme os inslignes juristas, a emissão de juízo quanto à opção da administração - mérito administrativo, em adquirir dispositivo que detecte agentes químicos deve ficar circunscrita a verificação de sua legitimidade, mais especificamente sua razoabilidade. Dessa forma, não se coaduna com o ensinamento doutrinário manifestação quanto à necessidade do equipamento, sob pena de invasão do mérito administrativo e usurpação do juízo que só quem gere pode formar.

3.30 Ao definir o princípio da razoabilidade, Hely Lopes Meirelles, cita sua utilização pelos Tribunais de Contas na aferição da legitimidade dos atos administrativos:

'Princípio da Razoabilidade - De fácil intuição, a definição da razoabilidade revela-se quase sempre incompleta ante a rotineira ligação que dela se faz com a discricionariedade. Não se nega que, em regra, sua aplicação está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário ou até mesmo pelos Tribunais de Contas. Todavia, nada obsta à aplicação do princípio no exame de validade de qualquer atividade administrativa.'

(LOPES MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. Ed. Malheiros Editores, 34ª ed., pág. 94)

3.31 Conforme o exposto, abstendo-se de avaliações quanto ao mérito da escolha administrativa, conforme doutrina dominante, pondera-se, sob o aspecto da razoabilidade, as justificativas trazidas pelo gestor para a opção em adquirir equipamento que, além de narcóticos e explosivos, também detectasse agentes químicos.

3.32 Nessa esteira, importante trazer pensamento de Hely Lopes Meirelles quanto à mensuração da razoabilidade:

'A razoabilidade deve ser aferida segundo os 'valores do homem médio' como fala Lúcia Valle Figueiredo, em congruência com as posturas normais ou já adotadas pela Administração Pública. Assim, não é conforme à ordem jurídica a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de seus standards pessoais que, não obstante aparentar legalidade, acabe, por falta daquela razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou.'

(LOPES MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. Ed. Malheiros Editores, 34ª ed., pág. 95)

3.33 Nos elementos apresentados em suas razões de justificativa, o gestor indica os motivos determinantes para a escolha do equipamento. Em síntese, são eles:

* o nível de periculosidade dos detentos nos presídios federais de segurança máxima e suas posições estratégicas na estrutura hierárquica de organizações criminosas. Cita 'Fernandinho Beira-Mar', Juan Carlos Abadia, criminosos ligados à máfia italiana e terroristas exativistas do Hezbollah;

* a ousadia cada vez maior nas ações criminosas de tentativa de fuga e nas ações com intuito de desarticular moral e politicamente as instituições públicas do país. Cita as ações do PCC em seus ataques à cidade de São Paulo no ano de 2006, a apreensão de um míssil que seria utilizado em uma tentativa de fuga de 'Fernandinho Beira-Mar' e a utilização de um helicóptero em tentativa de resgate de presos em Campo Grande;

* intimidações a autoridades com explosivos e correspondências com supostos agentes químicos. Cita a explosão de um livro-bomba no anexo do Itamaraty, correspondências enviadas às representações diplomáticas e ao Ministro do STF com pó supostamente contaminante;

* a informação de que os aparelhos não se prestariam apenas a identificar os compostos conhecidos como armas químicas, mas também substâncias químicas letais desenvolvidas para uso industrial (Toxic Industrial Chemicals – TICs) e outras substâncias incapacitantes disponíveis em produtos de limpeza, como a amônia e a clorina. Essas últimas provocariam reações de lacrimejamento, ardor nas mucosas e garganta, podendo ser utilizadas como 'armas químicas' primárias em caso de rebelião, ou serem confundidas com agentes químicos mais perigosos, o que poderia causar pânico. Todos esses elementos poderiam ser usados em rebeliões, dificultando a contenção de distúrbios;

* a possibilidade de desestruturação dos esquemas de segurança dos presídios, devido à necessidade de evacuação de agentes e dos próprios presos, no caso de uso dessas substâncias, mesmo que fossem identificadas posteriormente como blefes, o que poderia servir como facilitador para fugas. A simples desconfiância de ingresso de substâncias químicas nos presídios poderia causar a deflagração de planos de contingência, resultando em isolamento de setores, quarentena de funcionários e a mobilização desnecessária de segmentos especializados, como defesa civil e corpo de bombeiro;

* as ameaças às instalações penitenciárias iriam além do resgate de presos e da destruição de patrimônio público, podendo ocorrer homicídios de presidiários considerados 'arquivos vivos' em determinadas organizações criminosas, que estivessem colaborando com as autoridades judiciais ou por questões de competitividade e delimitação de territórios entre facções rivais. Nesse caso, seria responsabilidade do Estado preservar a integridade física do preso, podendo responder por culpa *in vigilando*;

* as medidas defensivas, no âmbito da segurança pública, que compreenderiam ações pró-ativas de prevenção, independentemente de ocorrências prévias para a sua implementação. A mera visualização do dispositivo atuaria como fator psicológico inibidor para o estímulo do agente invasor; e

* o dever de prevenção que obrigaria o administrador a agir com o intuito de afastar um risco potencial.

3.34 Os argumentos trazidos pelo gestor têm como cerne a postura preventiva a que deve aderir o administrador frente aos riscos potenciais a que estão submetidas as penitenciárias federais. Nesse sentido, não deixa dúvidas quanto à alta periculosidade de determinados detentos ao elencar os crimes por eles praticados. Também é notório a qualquer cidadão o avanço da ousadia nas ações praticadas pelos criminosos, seja em tentativas de fugas ou no intuito de enfrentamento do Estado.

3.35 Até a presente fase processual, um dos pontos principais de discussão foi a probabilidade de esses detentos ou de seus grupos criminosos adquirirem, produzirem ou manusearem elementos químicos altamente entitulados agentes de guerra química, tais como Tabun, Sarin, Soman, Gás Mostarda, Agentes Vx e VX, Yclostarin, Nitrogênio Mostarda 3, com fins de atentar contra a integridade dos estabelecimentos prisionais. Procurou-se saber se era viável o

acesso pelos criminosos a tais substâncias, normalmente utilizadas com fins militares. Nesse contexto, obteve-se manifestação da Prof. Drª Maria Regina Alcântara, docente especialista da Universidade de São Paulo – USP, que entende ser possível a utilização de agentes químicos em penitenciárias, porém, pouco provável (fl.200/202).

3.36 Sem minimizar a importância dessa questão, cumpre destacar que o equipamento que se pretendia adquirir, conforme informa o gestor, não se presta apenas a detecção de agentes de guerra química, como os citados anteriormente. Atua também na identificação de produtos químicos industriais tóxicos (Toxic Industrial Chemicals – TICs), como o Cianeto de Hidrogênio – HCN, Dióxido de Enxofre, Amônia, Clorita, etc., e de substâncias incapacitantes disponíveis em produtos de limpeza. Certamente a obtenção e utilização de tais produtos pelos criminosos seriam menos dificultosas que em relação aos agentes de guerra química.

3.37 O gestor também trouxe aos autos argumentos acerca da importância do uso do equipamento na identificação de substâncias que venham a ingressar nos presídios e que, em um primeiro momento, não se saiba se são ou não tóxicas ou letais. Tal dúvida, mesmo que depois se constate ser apenas um blefe, poderia fragilizar os esquemas de segurança pela necessidade de se promover evacuações e mobilizações de equipes, o que facilitaria, por exemplo, uma fuga ou uma rebelião. Observa-se que esse tipo de simulação tem sido comum em intimidações a autoridades ou a instituições públicas, como os casos citados das embaixadas e do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, ainda que criminosos nunca venham a obter ou manusear qualquer tipo de substância química tóxica, o equipamento teria importante função na imediata identificação da situação adversa e na precisa tomada de decisão por parte das autoridades.

3.38 A conveniência e oportunidade vislumbrada pelo gestor ao decidir pela necessidade do equipamento *tri mode* nos presídios federais está no seu escopo de atuação, sendo essa valoração privativa da Administração. Como ensina Hely Lopes Meirelles, apenas o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos da prática de certos atos. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo. Não se deve, portanto, externamente, mensurar a necessidade do equipamento, sob pena de invasão do mérito administrativo e usurpação do juízo do gestor.

3.39 Essa escolha não está, todavia, imune a controle externo. Para ser legítima, deve guardar conformidade com princípios administrativos, em especial, no caso em tela, com o princípio da razoabilidade, diretriz de senso comum aplicada ao Direito. Sob esse princípio, subjetivo em sua essência, procura-se avaliar se a opção do gestor se coaduna com um juízo equilibrado, sereno, coerente, de bom senso, devendo ser aferida segundo os valores do homem médio, de modo a evitar abusos. Nesse aspecto, cabe qualificar uma opção como desarrazoada, o que tornaria o ato inválido, quando esta ultrapassa limites desse senso comum, ou seja, se mostra excessiva, extravagante, esdrúxula, excêntrica, desproporcional.

3.40 No caso em tela, não se observa essas características na decisão do gestor. Apesar de não se ter histórico de ataque com substâncias químicas no país, a possibilidade de ocorrência aventada pela professora especialista, ainda que pouco provável, aliada ao cenário de alta periculosidade dos presos, ao avanço na ousadia de suas ações e à necessidade de rápida identificação de substâncias que venham a ser introduzidas nos presídios, tornam a opção do gestor pelo dispositivo mais sofisticado coerente com o seu dever de prevenção.

3.41 Assim, analisando a decisão frente aos riscos e motivos expostos pelo gestor, não se vislumbra decisão desarrazoada, extravagante, abusiva, que macule a legitimidade da escolha pelo equipamento mais moderno. Entende-se que o gestor valorou a opção que lhe pareceu mais adequada, agindo no âmbito de sua discricionariedade.

3.42 Convém ressaltar, sem olvidar o princípio da independência das instâncias, que esse mesmo entendimento foi firmado por outros julgadores externos quando do exame de ações judiciais movidas contra o certame:

' (...) deixo de conferir relevância jurídica à tese esposada na inicial, uma vez que a exigência no sentido de que os aparelhos de detecção lícitados sejam aptos também à identificação de agentes químicos se encontra no âmbito de discricionariedade do órgão administrativo responsável pelo procedimento em tela, valendo registrar apenas, haja vista os acontecimentos recentes envolvendo a utilização de tais agentes para a prática de atos ilícitos, não me parece despropositada a condição editalícia' (grifo do gestor);

(Julgamento de liminar na Ação Popular nº 2006.34.00.027960-7, 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em que a empresa Pro Scan teria arguido as mesmas supostas irregularidades trazidas a esta Corte)

'Desta feita, ausentes os requisitos para a concessão da medida cautelar. Isto porque, em análise perfunctória, a exigência de equipamento detector de armas químicas não me parece tão absurda na medida em que serão utilizadas nos presídios federais, cujas dependências serão ocupadas pelos criminosos da mais alta periculosidade deste país. (...) a decisão de se adquirir equipamento sofisticado, capaz de detectar, inclusive, agentes químicos, é restrita ao poder discricionário que faz uso a Administração, não cabendo, portanto, ao Poder Judiciário qualquer intervenção nessa seara'. (grifo do gestor)

(Julgamento de liminar em sede de Medida Cautelar Inominada nº 2006.34.00.017213-2, arquivada na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal)

3.43 Todavia, considerando as razões de justificativa expostas na presente fase processual, ainda resta analisar os elementos que apontavam com inadequada a escolha do gestor em aparelhar as penitenciárias federais com o equipamento *tri-mode*:

'a) constatação de que o relatório da Coordenação-Geral de Políticas, Pesquisa e Análise da Informação, que fundamentou a aquisição sob análise, foi elaborado por estagiários do Ministério da Justiça, tratando-se, na verdade, de artigo publicado por Professores Doutores da USP, sob o título 'Armas Químicas', em 1992, com a introdução de trechos pela referida Coordenação com a finalidade de contextualizá-lo com acontecimentos mais recentes ou com questões penitenciárias;'

3.44 É certo que o relatório utilizado como motivação para a realização do certame apresenta falhas relevantes em sua elaboração. A atitude do gestor, como já mencionado nestes autos, pode ser considerada reprovável por ter utilizado artigo desatualizado sobre armas químicas disponível na internet e elaborado para fim diverso por professores da USP.

3.45 A motivação inadequada pode ser considerada ilegítima e tornar o ato inválido. Tal entendimento se obtém da 'teoria dos motivos determinantes', que assim define Hely Lopes Meirelles:

'A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.'

(LOPES MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. Ed. Malheiros Editores, 34ª ed., pág.94)

3.46 Nessa visão, o documento formalmente elaborado pela administração para justificar a compra pode ser considerado inválido devido a suas falhas, possuindo a faculdade de macular todo o certame licitatório. O que se verifica no caso em tela é uma falha formal que conduz à anulação da licitação.

3.47 Ainda assim, não se pode abandonar a realidade dos fatos e se entender que a fragilidade do documento afasta por completo a necessidade de aparelhar as penitenciárias com dispositivo *tri mode*, ao ponto de se qualificar o ato como antieconômico. Essa necessidade deve ser atendida frente ao conjunto de informações apresentadas pelo gestor e no âmbito da razoabilidade para que não haja interferência no mérito administrativo.

'b) o entendimento da Prof. Dra. da USP, autora do mencionado artigo, de que é pouco provável o uso de armas químicas em penitenciárias;'

3.48 A Prof. Dra Maria Regina Alcântara, em resposta à consulta, se pronunciou no sentido de entender ser possível a utilização de agentes químicos em penitenciárias, porém, pouco provável. Informa que não consegue imaginar que ganho se teria em promover um ataque destes em penitenciárias.

3.49 O gestor discorda da professora quanto à probabilidade de ocorrência do evento ser baixa. Entende que, apesar do conhecimento inquestionável da professora sobre armas químicas, seria imprudente a assertiva de que a ocorrência em uma penitenciária seria pouco provável.

3.50 Não se pode subestimar a opinião da professora da USP que, conhecedora dos meios de produção e mecanismos de utilização de agentes químicos, acha de difícil ocorrência a ação de criminosos com essas substâncias em penitenciárias federais. Contudo, em que pese seu depoimento, entende-se que somente o administrador, que convive diretamente com a realidade prisional, tem condições de avaliar essa probabilidade. Ainda que essa probabilidade se revele baixa, a decisão quanto a necessidade de prevenção frente à possibilidade de ocorrência está circunscrita a sua discricionariedade.

3.51 Frise-se ainda, como já citado anteriormente, que a administração necessita de tal equipamento não só para casos em que os ataques sejam de fato com agentes químicos, mas também com o intuito de identificar possíveis blefes e evitar, assim, mobilizações e evacuações desnecessárias que colocariam em risco a segurança dos presídios.

'c) as informações de que o Japão, França, Reino Unido e México não possuem equipamentos de detecção de agentes químicos em seus estabelecimentos penitenciários, o que demonstra, em princípio, ser prescindível seu uso nestes locais;'

3.52 Informações constantes dos autos, repassados pela empresa EBCO Systems (Anexo 3, fls. 50/51), indicam que os equipamentos tem uso controlado pelo governo do Estados Unidos, Inglaterra e Canadá. Informa ainda que penitenciárias de segurança máxima dos Estados Unidos utilizam-se desses equipamentos, além de outros estabelecimentos prisionais desse mesmo e de outros países. A empresa alega não disponibilizar mais detalhes devido à necessidade de sigilo por serem dispositivos destinados a segurança. Verificou-se também, mediante pesquisas à internet, que o Departamento de Polícia de Nova York faz uso de detectores *tri mode* portáteis (Anexo 2, fls. 290/293).

3.53 Observa-se, nesse caso que, enquanto alguns países entendem dispensável a utilização desses equipamentos em seus cárceres, outros países podem, quanto ao risco de ataque químico, ter entendimento diverso, como é o caso dos Estados Unidos. Certamente essa decisão é tomada em função da política de segurança e da visão de risco de cada nação. Dessa forma, as informações obtidas junto ao Japão, Reino Unido, França e México, apesar de evidenciar não haver um consenso mundial em relação à questão, não têm o condão de desqualificar a opção adotada pelo administrador nacional. Ademais, cabe frisar que as informações repassadas podem não estar completas, tendo em vista que tratam de questões de segurança interna desses países e que nações como França e Reino Unido adotam sistemas de cárceres públicos e privados, o que mereceria melhor investigação.

'd) o fato de o Brasil não possuir histórico de ter fabricado ou sofrido ataques por meio de armas químicas; e) a inexistência de comprovação, mesmo após a realização da oitiva, de que os presídios federais brasileiros estão diante de real perigo de uso de armas químicas.'

3.54 Ainda que não se tenha notícia da utilização de agentes químicos por criminosos em instalações penitenciárias brasileiras, é lícito ao administrador adotar postura preventiva visando se antecipar a qualquer ocorrência frente ao risco que vislumbra em decorrência de sua vivência no trato da questão.

3.55 Nessa linha, o parecer, trazido aos autos pelo gestor, da então Consultora-Geral Substituta do TCU quando da aquisição por esse órgão de equipamento de detecção de armas, explosivos e narcóticos (Anexo 16, fl.200):

'4. Nesse sentido, impende ressaltar que as razões expostas pelo Titular de Administração desta Corte, no tocante a emergência invocada, por si mesmas autorizam a compra dos equipamentos em tela, visto que o assunto ultrapassou as fronteiras da mera suposição, direcionando-se a possibilidade concreta da perpetração de mal injusto, grave e irreparável.'

4.1 Despiçando, e até mesmo inadmissível, seria a exigência da concretização danosa, para tanto, cabe a previsão do administrador em adotar as providências necessárias ao implemento dos meios de segurança capazes de deter a estimada investida ilícita.'

3.56 Esclarecimentos constantes dos autos complementam esse entendimento:

'A necessidade de detecção de armas químicas como instrumento preventivo nos presídios federais não implica que eventos dessa natureza estejam ocorrendo. O interesse da prevenção é ocasionar um efeito inibidor, de forma que as tentativas sejam frustradas e tais episódios nunca venham a existir.' (fl.267)

3.57 Além disso, impende destacar que o objetivo da aquisição seria também a detecção de produtos químicos industriais tóxicos (Toxic Industrial Chemicals – TICs), certamente de obtenção menos dificultosa, e a identificação com presteza, antes de ações de mobilização e evacuação, de possíveis blefes que poderiam fragilizar esquemas de segurança, facilitando tentativas de fuga ou rebeliões.

3.58 Entende-se que tem o gestor, frente a riscos que identifica, o dever de agir, conforme ensina Hely Lopes Meirelles, podendo a omissão acarretar sua responsabilização.

Conclusão

3.59 Por todo o exposto, entende-se que o gestor, ao optar pelo equipamento que identificasse, além de explosivos e narcóticos, substâncias químicas, agiu no escopo de suas atribuições e no âmbito de sua discricionariedade. No exame da razoabilidade do ato também não se identifica vício que torne a conduta ilegítima, abusiva ou excessiva frente aos riscos e motivos expostos.

3.60 Dessa forma, não se verifica, na opção pelo dispositivo, decisão desarrazoada que tenha acarretado direcionamento do certame, tampouco ato antieconômico que enseje sanção ao gestor. No entanto, a constatação de fundamentação inadequada para o certame, em que se utilizou artigo acadêmico de professores da USP adaptado para viabilizar o interesse na aquisição do equipamento, tem por si só o condão de invalidar todo processo licitatório.

3.61 Mesmo considerando que a Ata de Registro de Preços do Pregão Eletrônico 16/2006 encontra-se anulada por força de determinação do subitem 9.1 do Acórdão 1198/2008 (fl. 295), entendemos pertinente **determinação** à CGL/MJ e ao Depen/MJ para que, nos seus processos licitatórios promovidos sob a modalidade pregão, justifiquem adequadamente a necessidade da contratação que se pretende, conforme determinam o art. 9º, inciso III, do Decreto n.º 5.450/2005 e o art. 3º, incisos I e III, da Lei n.º 10.520/2002.

Quanto ao acolhimento parcial das razões de justificativa apresentadas pelo Coordenador-Geral de Políticas, Pesquisa e Análise da Informação/Depen/MJ, Sr. Alexandre Cabana de Queiroz Andrade, para os subitens 9.3.1.1.1 e 9.3.1.2 do Acórdão 1198/2008-TCU-Plenário

10. O responsável, em síntese (fls. 334/337 do volume 1), abordou, em suas justificativas para a aquisição de detectores de explosivos, narcóticos e agentes químicos (equipamento 'tri-mode'), a alta periculosidade dos presos brasileiros, citando alguns exemplos de ações criminosas conduzidas por eles que tiveram repercussão na mídia nacional. Alegou ainda que esses equipamentos além de detectarem agentes químicos, são capazes de identificar substâncias químicas tóxicas, disponíveis no mercado e desenvolvidas para uso industrial, e que a mera visualização de dispositivo/equipamento voltado à prevenção atua como fator psicológico inibidor para o desestímulo do agente invasor. Assim, segundo o responsável, o gestor valendo-se do seu poder discricionário, tem o dever de antecipar-se ao 'mal maior', buscando a aquisição de equipamentos de prevenção capazes de colocá-lo a um passo adiante às intenções de criminosos.

11. Foram trazidos aos autos ainda, com vistas a demonstrar a responsabilidade do agente público em agir, cópia de procedimento administrativo conduzido pelo TCU para aquisição de equipamentos de segurança capazes de detectar a existência de armas, explosivos, drogas e produtos químicos (fls. 203/208 do Anexo 16, Representação nº 11/Segedam-GS, TCO15.899/95-0). Registre-se que o referido documento foi elaborado após a explosão de uma carta-bomba no Ministério das Relações Exteriores no ano de 1994 e que esses detectores são equipamentos de mesa e não detectores portáteis de mão como os analisados no presente processo.

12. Com base nesses argumentos, e apoiado em entendimento da doutrina acerca dos atos administrativos discricionários – analisados sob a ótica da conveniência, oportunidade, mérito administrativo etc. – e ainda do princípio da razoabilidade, entendeu o AUFC que se encontraria no âmbito do poder discricionário do gestor a opção pela aquisição de equipamento 'tri-mode' (fl. 345, subitem 3.59). Assim, propôs o acolhimento parcial das razões de justificativa para os subitens 9.3.1.1.1 (motivação inadequada da necessidade de se aparelhar as penitenciárias federais com detectores portáteis capazes de identificar agentes de guerra química) e 9.3.1.2 (contratação antieconômica) do Acórdão 1198/2008-TCU-Plenário (fl. 352, subitem 5.1 – 1)

13. Citem-se, preliminarmente, os seguintes trechos da referida instrução:

'3.26 No caso concreto, uma vez que não está em discussão a legalidade do ato administrativo, é no exame da legitimidade que tem incidido as avaliações desta Corte. Nesse exame, verifica-se a conformidade do mérito administrativo e seus motivos determinantes com os princípios básicos da Administração Pública.' (grifos do original)

(...)

3.45. A motivação inadequada pode ser considerada ilegítima e tornar o ato inválido. Tal entendimento se obtém da 'teoria dos motivos determinantes', que assim define Hely Lopes Meirelles:

'A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.'

3.46 Nessa visão, o documento formalmente elaborado pela administração para justificar a compra pode ser considerado inválido devido a suas falhas, possuindo a faculdade de macular todo o certame licitatório. O que se verifica no caso em tela é uma falha formal que conduz à anulação da licitação'. (grifos nossos)

14. Discorda-se quanto ao entendimento de que houve mera falha formal.

15. Relembrando os fatos relativos ao presente processo, mencione-se que, em 4 de maio de 2006, foi publicado no Diário Oficial da União o aviso de licitação relativo ao Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 16/2006, tendo por objeto a aquisição de detectores portáteis de substâncias ilícitas. Consta do edital do referido certame, como justificativa para se doar as Unidades Prisionais Federais de equipamentos capazes de impedir possíveis entradas de objetos e/ou substâncias ilícitas, que 'a indicação do equipamento constante do Anexo I se deu através de estudo técnico feito pela Coordenação de Inteligência do Depen/MJ' (subitem 3, fl. 35 do v.p.). As especificações constantes do anexo I apontam para o equipamento Sabre 4000 do fabricante Smiths Detection.

16. Como mencionado, a opção pela aquisição do equipamento especificado foi motivada em estudo técnico (parecer), elaborado por área especializada do Ministério da Justiça. Assim, consoante a citada teoria dos motivos determinantes, restou vinculada a aquisição aos motivos expostos em trabalho/estudo/levantamento efetuado pela Coordenação-Geral de Políticas, Pesquisa e Análise da Informação do Depen/MJ. Cabe, portanto, o exame da legitimidade dos motivos indicados para a aquisição de equipamento tri-mode (detecção de narcóticos, explosivos e agentes químicos).

17. Ressalte-se que restou constatado pelo Tribunal, quando da instrução que motivou a realização de oitivas e a determinação cautelar para a suspensão da Ata de Registro de Preços do Pregão 16/2006, a motivação inadequada da necessidade de utilização em presídios federais de equipamento capaz de detectar armas químicas, fundada na utilização, possivelmente inoportuna e indevida, de artigo acadêmico, elaborado por professores da USP em 1992, adaptado pela área técnica do MJ para viabilizar o interesse na aquisição dos equipamentos, uma vez que o estudo original não sustenta que as armas químicas seriam de fácil utilização em operações de resgate ou ataque a penitenciárias (subitens 9.4.1.3 e 9.4.1.3.1 do Acórdão 2035/2006-TCU-Plenário, fl. 153, v.p.).

18. Marçal Justen Filho, ao comentar acerca dos trâmites internos da licitação (in 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', Ed. Dialética, 9ª ed., pg. 117), nos ensina que 'o procedimento interno se inicia com a identificação da necessidade a ser atendida, a apuração das soluções técnica e economicamente viáveis a configuração do futuro contrato, e por fim a conformação do procedimento destinado à contratação. (...)

A mens legis [intenção do legislador ao criar uma norma legal] consiste precisamente em impor à Administração o dever de abster-se de licitar impensadamente, descuidadamente. Caracteriza-se infração séria aos deveres inerentes à atividade administrativa a ausência da adoção das providências indispensáveis à avaliação precisa e profunda das necessidades e das soluções que serão implementadas posteriormente. (...)

Portanto, a Administração tem o dever de evidenciar que a decisão de iniciar o procedimento licitatório foi antecedida de todas as diligências necessárias a colher as informações à elaboração das condições da futura contratação e do estabelecimento de regras satisfatórias para a licitação. Caracteriza-se sério vício quando se evidencia que a Administração desencadeou a licitação sem ter cumprido essas providências prévias, assumindo o risco de insucesso, controvérsias e litígios.' (grifos nossos)

19. Ora, analisadas as razões de justificativa apresentadas, observa-se que não foram trazidos aos autos novos elementos que evidenciem que foram feitas análises com vistas a identificar soluções técnicas e econômicas viáveis cujo resultado apontassem para o objeto especificado no Anexo I do edital – equipamento de detecção de armas químicas, narcóticos e explosivos (equipamento 'tri-mode') do fabricante Smiths Detection –. Assim, não restou inequivocamente

justificada a preferência pelo equipamento 'tri-mode' em vez do uso de detectores portáteis de narcóticos e explosivos (equipamento 'bi-mode') ou de detectores de mesa. Não se verificou previamente a aplicabilidade desses equipamentos nos presídios brasileiros. Nem mesmo se comprovou que presídios de outros países utilizam os equipamentos ora requisitados pela Administração – a informação que se tem nos autos (fl. 293 do Anexo 2), obtida mediante pesquisa na *internet* quando da instrução que resultou na presente audiência, é que o Departamento de Polícia de Nova Iorque (NYPD) estava utilizando o detector portátil Sabre 4000 em operações preventivas nos metrô da cidade com vistas a identificação de explosivos –. Mencionou ainda o gestor que os detentos de nosso país são perigosos, como se os de outros países não fossem tão ou mais perigosos que os aqui existentes. Por fim, a alegação de que os detectores 'tri-mode' são capazes também de identificar substâncias químicas industriais tóxicas não se mostra suficiente para justificar a aquisição, uma vez que não se tem notícias de ataques ou mesmo tentativas dessa natureza em presídios brasileiros.

20. A discricionariedade outorgada pela lei ao agente público consiste na liberdade para escolher a melhor alternativa, especialmente sob o ponto de vista técnico-científico. Acerca desse assunto, vale mais uma vez trazer aos autos comentário de Marçal Justen Filho (*in* 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', Ed. Dialética, 9ª ed., pg. 63):

'Exclusão da Discricionariedade

Impõe-se, assim, a objetivação da decisão e da escolha do administrador. Isso significa que a lei impõe que a seleção do contratante e a definição do próprio 'contrato' sejam retiradas do plano de meras cogitações pessoais e particulares do administrador. Para isso, submete a escolha do administrador a um 'procedimento' – ou seja, uma série ordenada e conjugada de atos, cuja sucessão conduz a uma decisão final suscetível de controle quanto à racionalidade, adequação e conveniência. (...)

Cada fase da licitação culmina com uma decisão. Mesmo nas fases ditas internas (tais como 'definição do objeto a ser licitado' e 'elaboração do edital'), são tomadas decisões fundamentais para definir a futura contratação. Existe uma 'especialização' em cada fase da licitação. Ou seja, em cada fase, a atenção se dirige a um certo aspecto de problema. (...)

Justamente por isso, cada fase da licitação se submete ao crivo do controle (tanto administrativo quanto de órgãos externos). (grifos nossos).

21. Como visto, não pode a Administração alegar que a decisão pela compra de determinado equipamento encontra-se no âmbito de seu poder discricionário, em prejuízo da necessária avaliação técnica e econômica acerca do objeto que melhor satisfaça ao interesse público. Cabe aos órgãos de controle apreciar a legitimidade desses atos.

22. Pelo todo exposto, e considerando que as razões de justificativa apresentadas pelo responsável não foram suficientes para afastar a irregularidade objeto da audiência constante do subitem 9.3.1.1.1 do Acórdão 1198/2008-TCU-Plenário, entende-se pela sua rejeição e pela aplicação de multa.

23. Ainda, uma vez que não se mostrou justificada a opção pela aquisição dos equipamentos 'tri-mode' (narcóticos, explosivos e agentes químicos), e que os equipamentos 'bi-mode' (narcóticos e explosivos) possuem menor preço e maior número de fornecedores, e, não restou comprovado que seriam insuficientes para atender às necessidades do Sistema Penitenciário Nacional, entende-se também pela rejeição das razões de justificativa objeto da audiência contida no subitem 9.3.1.2 do retromencionado acórdão.