

RECEBIDO EM: 10/01/2019

APROVADO EM: 20/05/2019

UMA ANÁLISE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05, DE 25 DE MAIO DE 2017 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO COM BASE NA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY: busca da proposta mais vantajosa versus princípio da economicidade

AN ANALYSIS OF NORMATIVE RULLING Nº. 05, OF MAY 25, 2017, FROM THE MINISTRY OF PLANNING, DEVELOPMENT AND MANAGEMENT BASED ON THE PONDERATION OF ROBERT ALEXY: search for the most advantage proposal versus principle of economics

Paulo Henrique Resende Marques

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Processo Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo Analista Administrativo do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Advogado.

Samuel Meira Brasil Júnior

*Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo - USP
Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo - USP
Mestre em Ciência da Computação pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo e Corregedor Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações sobre a ponderação em Robert Alexy; 2 Da dispensa da pesquisa de preços na Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão; 3 Realização da ponderação no caso concreto; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo possui como objetivo realizar uma ponderação entre o princípio satisfeito pela Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (princípio da economicidade) e os princípios eventualmente “lesados” por essa (busca da proposta mais vantajosa e princípio da isonomia). Será utilizada, como base teórica da ponderação, a fórmula do peso de Robert Alexy (empregar-se-á a fórmula mais simples, com três graus de valores – leve, moderado e sério). Chegou-se à conclusão, através de um método dedutivo, que no caso concreto, deve preponderar o princípio da economicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Pesquisa de Preços. Dispensa. Economicidade. Isonomia. Ponderação.

ABSTRACT: The purpose of this article is to balance the principle satisfied by Normative Ruling nº. 05 of May 25, 2017 of the Ministry of Planning, Development and Management (principle of economicity) and the principles that may be “harmed” by it (search for the most advantageous proposal and principle of isonomy). The weight formula of Robert Alexy will be used as the theoretical basis of ponderation (the simplest formula will be used with three degrees of values - mild, moderate and serious). The conclusion will be that, through a deductive method, in the concrete case, the principle of economicity must prevail.

KEYWORDS: Price Survey. Exemption. Economicity. Isonomy. Ponderation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a dispensa de pesquisa de preço prevista na Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para prorrogação de contratos com mão de obra exclusiva.

Essa dispensa de pesquisa, apesar de permitir maior celeridade ao procedimento de prorrogação, bem como oportunizar que o labor de servidores públicos gasto com essa averiguação possa ser empregado em outras atividades favoráveis ao interesse público, pode levar a eventual prejuízo ao princípio da vantajosidade (tecnicamente, o termo mais correto seria seleção da proposta mais vantajosa, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, mas para fins de simplificação se utiliza a expressão princípio da vantajosidade) e princípio da isonomia.

Para fins conceituais, cabe diferenciar economicidade de vantajosidade, até para maior clareza do problema do presente trabalho, isso pela possível similaridade que pode parecer haver entre ambos os termos.

Chama-se de economicidade o agir procedimentalmente de modo menos custoso para a Administração Pública, evitando burocracias desnecessárias, permitindo que o labor dos servidores públicos seja bem empregado. Algo semelhante ao que dispõe o art. 14 do Decreto-Lei nº 200/1967:

Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

Já por vantajosidade, para os fins deste artigo, denomina-se a tentativa de se buscar o menor preço nas contratações públicas (quando diante de objetos de mesma qualidade). Essa distinção é importante, pois se pode, razoavelmente, chamar essa última conceituação de economicidade, como na seguinte citação: “Aferir o preço do objeto da contratação no mercado concretiza a aplicação do princípio da economicidade” (DOTTI; PEREIRA JUNIOR, 2011).

Independente da nomenclatura adotada, o importante é distinguir essas duas concepções, analisando qual deve preponderar no caso concreto, sendo que, neste artigo, uma se denomina de economicidade e outra de vantajosidade.

Diante disso, realizam-se algumas abordagens da ponderação de pesos de Robert Alexy, para, posteriormente, aplicá-la ao caso concreto. Através de um método dedutivo, utilizando esse balanceamento como premissa maior, será justificada a prevalência de um princípio sobre o outro (no caso concreto).

Como fonte será utilizado julgado do Tribunal de Contas da União, doutrinas administrativistas e Parecer da Advocacia-Geral da União.

A importância do presente estudo está em averiguar a justeza e a validade do previsto na mencionada Instrução Normativa, avaliando se seus benefícios superam ocasional dano a outro princípio.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PONDERAÇÃO EM ROBERT ALEXY

Apesar de Alexy trazer a diferenciação entre regras e princípios, em obra relacionada aos direitos fundamentais (ALEXY, 2008), não necessariamente princípios possuem relação direta com esses, basta pensar em alguns princípios relacionados à Administração Pública, os quais serão abordados mais à frente.

Conforme Alexy: “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] são, por conseguinte, mandamentos de otimização” (ALEXY, 2008, p. 90). Já as regras “são normas que são sempre ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos” (ALEXY, 2008, p. 91).

No âmbito da Administração Pública é possível citar, por exemplo, o princípio da economicidade, que exige uma boa e regular gestão de recursos públicos, conforme Parecer nº 12/2014 da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2014). Pode-se argumentar que, indiretamente, há uma relação desse princípio com direitos fundamentais, como o bom gasto do dinheiro arrecadado por meio de tributos, podendo ser revestido, por exemplo, em direitos sociais.

Princípios do direito administrativo também podem ser passíveis de conflitos, basta mencionar o princípio da isonomia no procedimento licitatório *versus* o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (inciso IX, do artigo 170 da Constituição da República).

Alexy busca fundamentar que no caso de embate entre princípios, o caminho correto está na ponderação. Um de seus argumentos favoráveis a esse balanceamento, ou seja, à lógica de que diferentemente das regras é possível, por meio de uma avaliação de pesos, deixar de aplicar um princípio sem considerá-lo inválido está na figura dos direitos sociais:

A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma “reserva do possível”. Com isso a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação (ALEXY, 1999, p. 78-79).

Assim, não é porque o Estado não tem capacidade financeira de garantir saúde de qualidade a todos os seus membros que o direito à saúde deixa de ser válido e vinculante.

Alexy diferencia duas formas de colisão de direitos fundamentais: em sentido estrito e em sentido amplo. Aquele está presente quando o atendimento ao direito fundamental de um cidadão gerar prejuízos ao direito fundamental de outrem (seja direitos fundamentais idênticos ou distintos) (ALEXY, 1999, p. 68-69). Pode ser citado como exemplo de direitos fundamentais diversos: liberdade de expressão *versus* direito à intimidade no caso de biografias não autorizadas. Já como direitos fundamentais idênticos se podem mencionar o direito de livre manifestação em espaço público de dois grupos distintos, que desejam utilizar o mesmo ambiente em uma mesma hora.

Já a colisão de direitos fundamentais, em sentido amplo, estará presente quando há de um lado um direito fundamental e de outro um bem coletivo (o que não impede que esse bem coletivo possa levar ao fomento de um direito fundamental). Como exemplo pode-se citar uma lei que proíba a venda de refrigerantes em escolas de Ensino Fundamental (indiretamente, essa proibição vai ao encontro do direito à saúde).

Diante desse entendimento já se pode analisar qual a atitude do julgador frente a dois princípios, que se chocam em um caso concreto. Alexy conceitua a regra da Lei da Ponderação nos seguintes termos: “Quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de satisfazer o outro” (ALEXY, 1992, p. 16).

Dessa forma, no exemplo mencionado acima, o magistrado ao proferir decisão proibindo a comercialização de uma biografia não autorizada deve fundamentar, em sua peça, que satisfazer o direito à intimidade naquele caso concreto é mais relevante do que o direito à liberdade de expressão do autor do livro biográfico.

Percebe-se que, em nenhum momento, o magistrado declara a invalidade dos direitos acima, apenas deixa de aplicar um em detrimento de outro em um caso específico. Caso se estivesse diante de uma regra não poderia se realizar tal balanceamento, pois se uma regra é válida, essa deve ser cumprida nos seus exatos termos, não podendo haver diminuição nem acréscimos.

Voltando à análise da Lei da Ponderação, Alexy procura fundamentar que a aplicação é racional se utilizando da Fórmula de Peso (que *em sua versão mais simples* enumera o grau de intervenção nos direitos em leve, moderado e sério). A partir do momento em que há tal julgamento, com base em valorações racionais de interferência de um princípio em outro, estariam afastadas argumentações de que a ponderação não estaria apoiada em critérios objetivos:

A racionalidade de uma estrutura inferencial depende essencialmente da questão de ela conectar premissas que, novamente, possam ser justificadas. A estrutura expressa pela Fórmula de Peso não seria uma estrutura de argumentação racional se o caráter do *input* fosse tal que chegasse a excluí-la da racionalidade. Isto, no entanto, não é o caso. O *input* que é representado por números é um julgamento (ALEXY, 1992, p. 21).

Veja-se essa Fórmula (ALEXY, 1992, p. 20) para, no Capítulo terceiro, aplicá-la.

$$W(ij) = \frac{I(i)}{I(j)}$$

Em que $I(i)$ representa intensidade de interferência com o princípio $P(i)$; $I(j)$ significa a importância de satisfazer o princípio concorrente $P(j)$ e; $W(ij)$ representa o peso concreto de $P(i)$.

Numericamente, $I(i)$ e $I(j)$ podem significar 1 (intervenção/importância leve), 02 (intervenção/importância moderada), 04 (intervenção/importância séria).

Caso o peso concreto de $P(i)$, ou seja, $W(ij)$ seja maior do que 01, esse terá precedência. Caso seja menor do que 01, $P(j)$ terá prioridade.

Na hipótese do resultado dar 1 (empate), “Alexy deduz uma ‘margem de atuação estrutural’ em favor do legislador, que poderia realizar ou não a interferência” (ALEXY, 2004 apud BRANCO, 2009, p. 182).

Feita essa abordagem, será exposto o caso concreto no capítulo seguinte.

2 DA DISPENSA DA PESQUISA DE PREÇOS NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05, DE 25 DE MAIO DE 2017 DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO

A Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão (BRASIL, 2017), que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional dispõe, em seu item 07, do Anexo IX, que na prorrogação de contratos com mão de obra exclusiva fica dispensada a realização de pesquisa de mercado, estando assegurada a vantajosidade econômica, nos seguintes casos:

- a) quando o contrato contiver previsões de que os reajuste dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou em decorrência de lei;
- b) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo insumo (exceto quanto a obrigações decorrentes de Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho e de lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA /IBGE);

[...]

Há, nessas hipóteses, então, uma presunção de vantajosidade por essa Instrução Normativa, quando o reajuste da folha de salário dos empregados de uma prestadora de serviço para a Administração Pública for feito, conforme previsão no contrato administrativo, com base nas

formas mencionadas acima, sendo que, se houver insumo, deve haver previsão contratual de seu reajuste com base em índice oficial.

Essa presunção leva ao prejuízo de alguns princípios, que serão à frente expostos, mas ao mesmo tempo vai ao encontro de princípios que passam a ser analisados abaixo.

O Parecer nº 12/2014, da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2014), modificando posicionamento anterior, possui conteúdo favorável à prorrogação contratual de serviços sem necessidade de pesquisa de preços, nos moldes da Instrução mencionada acima.

Utiliza como fundamentação, entre outros motivos, o Acórdão nº 1214/2013-Plenário do Tribunal de Contas da União, esse último mencionou argumentação de que:

No momento da prorrogação contratual, exclusivamente em relação aos serviços de natureza continuada, percebe-se que a planilha orçamentária é formada por itens que não carecem, ou envolvem, um alto custo-benefício, de forma que não justifica a realização de nova pesquisa de mercado (BRASIL, 2013).

Esse acórdão e o Parecer da AGU, mencionados acima, fazem menção aos princípios. Conforme este Parecer:

A ideia da IN nº 06/2013-SLTI foi desburocratizar o procedimento de realização da pesquisa de preços no momento da prorrogação tornando essa etapa procedimental mais célere e ágil, regendo-se, portanto, pelo princípio da economicidade que, embora não conste formalmente dentre aqueles previstos no artigo 37 *caput* da Constituição Federal é parâmetro de controle utilizado pelo órgãos de fiscalização, impondo-se, materialmente como um dos vetores essenciais da boa e regular gestão de recursos públicos (BRASIL, 2014).

Nota-se, então, que a Advocacia-Geral da União utilizou, em seu raciocínio, um princípio positivado constitucionalmente no *caput* do artigo 70 como um parâmetro de controle na fiscalização a ser exercida sobre a administração pública (“A fiscalização [...] da União e das entidades da administração direta e indireta e indireta, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida [...]”).

Nesse sentido, entendeu a Advocacia-Geral da União que não seria econômica a pesquisa de preço nos casos aqui analisados, na medida em que levaria à lentidão no procedimento de prorrogação contratual em razão de burocracias, em seu entender, desnecessárias. Além disso, o tempo despendido pelos servidores públicos, na realização dessas pesquisas de preço, poderia ser revertido em outras ações que vão ao encontro do interesse público, evitando, então, o gasto de dinheiro público com medidas que poderiam ser evitadas.

O Tribunal de Contas da União, através do Acórdão 1214/2013, ao fazer menção à possibilidade de utilização de índice para comprovar a vantajosidade no caso de contratos de prestação de serviços com fornecimento de materiais (como manutenção predial), também cita a questão do tempo e do dinheiro gasto com a pesquisa de preços:

O item materiais é composto por aqueles necessários à realização do serviço. Ainda tomando por modelo a licitação realizadas para contratação dos serviços de manutenção predial, realizou-se pesquisa de mercado para quase 800 diferentes materiais. Para esse caso, torna-se notória a dificuldade de comprovar a vantajosidade do contrato no caso de sua prorrogação.

Em primeiro lugar porque durante a execução do contrato há grande dificuldade em realizar comparações entre serviços com fornecimento de materiais, haja vista as particularidades inerentes a cada contrato em execução na Administração Pública.

Segundo, e nessa mesma linha de raciocínio, a única forma de observar se o contrato continuaria vantajoso para a Administração seria realizando nova pesquisa de mercado, em que dois problemas são facilmente vislumbrados: o tempo necessário para realizar tal comprovação; e o mais importante, o custo administrativo despendido nessa pesquisa (BRASIL, 2013).

A exposição justificadora da Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão está na lógica de que a pesquisa de preço, no caso de prorrogação de contratos com mão de obra exclusiva, seria contra a celeridade do procedimento de prorrogação, bem como utilizaria, sem necessidade, o tempo de labor de servidores públicos.

A fim de explicar melhor como funciona a proposta orçamentária desse tipo de contratação cabe fazer algumas considerações. A planilha

em que a empresa prestadora de serviço colocará o valor contém, no mínimo, os itens: remuneração, encargos sociais, insumos e LDI (lucros e despesas indiretas).

No item remuneração estará o valor salarial a ser pago ao empregado que prestará serviço à Administração Pública (na prática é o valor constante na Convenção Coletiva como piso salarial). Já os encargos sociais incidirão sobre a contratação do empregado acima, possuindo previsão em atos normativos. Os insumos são os materiais necessários, na prestação do serviço, estarão previstos na Convenção Coletiva da Categoria ou serão passíveis de pesquisa mercado. Por fim, o LDI “indica todas as despesas para executar um objeto. Isso envolve tanto os custos diretamente relacionados com a produção do objeto como, também, aquelas despesas indiretas e a margem de lucro” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 195).

O Tribunal de Contas da União entendeu, no Acórdão nº 1214/2013-Plenário, que esses tipos de itens não comportam grande variação, não sendo necessária nova pesquisa de preço.

Luiz Cláudio de Azevedo Chaves, apesar de mencionar que a pesquisa de mercado no caso de prorrogação de contratos públicos: “se coaduna com os princípios da *indisponibilidade do interesse público* e o da *busca pela proposta mais vantajosa*” (CHAVES, 2018, p. 216), é favorável à previsão da Instrução Normativa aqui estudada de dispensa de pesquisa de preços no caso de prorrogação de contratos de serviço de natureza contínua com mão de obra exclusiva, entre outros motivos pela presunção de que um contrato de sessenta meses de execução será mais vantajoso do que cinco contratos distintos de doze meses:

É certo que um serviço de natureza continuada, mormente aqueles com grande volume de mobilização, com centenas de postos de trabalho envolvidos e estoques de materiais equipamentos e insumos, se tornam economicamente mais vantajoso, na medida em que o tempo de permanência na execução for maior. Em outras palavras, de um modo geral, o custo de um contrato com 60 (sessenta) meses de execução tende a ser bem inferior do que 5 (cinco) contratos consecutivos de 12 (doze) meses (CHAVES, 2018, p. 218).

Finalizando a justificativa principiológica favorável ao previsto na Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 (no que toca à dispensa de pesquisa de preço no caso abordado), passa-se a expor princípios que vão de encontro a essa, para, no capítulo seguinte, realizar uma ponderação.

Primeiramente, cabe mostrar a própria redação de uma *regra* prevista no inciso II, do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

Pela redação acima, a prorrogação de contratos administrativos, necessariamente, deve estar acompanhada da vantajosidade. De fato a lei não define o que é ser vantajoso, mas se apresenta claro que só se pode afirmar que um contrato administrativo é vantajoso, possuindo ciência do valor que outras empresas estão dispostas a cobrar pelo mesmo serviço.

Jesse Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti mencionam três elementos que devem ser apurados para fins de obediência à comprovação da condição mais vantajosa no caso de prorrogação contratual:

A apuração dessa vantagem envolve a análise conjunta dos seguintes elementos: a) a eficaz e satisfatória execução do objeto pelo contratado até então; b) a utilidade da manutenção, em mais um período de vigência do contrato, das mesmas condições originariamente contratadas; e c) os custos atuais do contrato, em cotejo com aqueles praticados no mercado (DOTTI; PEREIRA JUNIOR, 2011).

Esse último elemento (comparação do preço do atual contrato com o preço de mercado) é o que está sendo dispensado pela Instrução Normativa em estudo, no caso de prorrogação de contratos de serviço contínuo. Por mais que a atual contratada tenha vencido o procedimento licitatório e, conseqüentemente, oferecido o menor preço, nada impede que, quando da prorrogação do contrato, não exista uma empresa disposta a oferecer um valor menor, não sendo vantajoso para a Administração Pública continuar com o antigo contrato.

Diógenes Gasparini menciona a necessidade de ser dada interpretação restritiva ao inciso II, do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993, isso porque

equipara prorrogação a um contrato celebrado sem licitação, sendo que apenas nos casos autorizados, expressamente pela lei, que se pode abrir mão do procedimento licitatório (GASPARINI, 2003).

Uma vez que o Poder Legislativo, por meio de uma regra, prevê a obrigatoriedade de vantajosidade para prorrogação contratual, no caso de serviços contínuos, pode-se questionar um ato do Poder Executivo (Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão) trazer uma presunção de vantajosidade, dispensando a necessidade de saber quanto outras empresas cobram pelo serviço (sendo que essa é a única forma de constatar ou não a presença daquela).

No que se refere à necessidade de pesquisa de preço na prorrogação contratual, pode-se identificar alguns princípios que são o fundamento dessa regra.

Primeiramente, pode-se mencionar o próprio princípio da vantajosidade, que está previsto no *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.666/93: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e [...]”

Marçal Justen Filho assim a conceitua:

A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício (JUSTEN FILHO, 2014, p. 71).

De fato, o procedimento licitatório traz a presunção de que o preço alcançado foi o mais vantajoso, porém essa presunção só dura até o fim do prazo contratual, quando da necessidade de prorrogação, essa presunção deixa de existir, sendo necessárias, então, novas análises probatórias de que esta vantajosidade ainda está presente.

O já citado Luiz Claudio de Azevedo Chaves (CHAVES, 2018, p. 216-217), em obra que defende a desnecessidade de pesquisa de preço no caso analisado neste artigo, menciona uma série de julgados do Tribunal de Contas da União pela exigência desta pesquisa, no caso de prorrogação contratual. Respectivamente, podem ser citados os Acórdãos 1597/2010 e 1029/2009:

Antes da prorrogação de um contrato deve ser realizada ampla pesquisa de preços no mercado, com vistas à obtenção das condições mais vantajosas para a Administração (BRASIL, 2010).

Se houver interesse da Administração em renovar determinado contrato, a pesquisa de preços que demonstre a economicidade da renovação em comparação com a realização de novo certame deve ser realizada com a antecedência necessária (BRASIL, 2009).

A única forma de se afirmar que o contrato é vantajoso é através de conhecimento de quanto as outras empresas estão cobrando, não bastando a utilização do reajuste de Convenção Coletiva de Trabalho ou índices oficiais. Nada impede que uma empresa esteja disposta a ofertar o mesmo serviço com margem de lucro (LDI) menor, sendo que só uma pesquisa prévia pode comprovar isso.

Outro princípio que se pode mencionar nesse momento é o princípio da isonomia, também previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993. Isso porque, ao permitir que outras empresas possam comprovar um preço menor, pode ocorrer de não haver prorrogação, mas uma nova licitação, ocasião em que outras empresas terão possibilidade de participar da licitação; “restrições à participação de interessados no certame acarretam a diminuição da competição” (OLIVEIRA, 2015, p. 354). Realmente, quando realizado o procedimento licitatório não houve violação ao princípio da isonomia, pois a participação dos interessados foi ampla, mas a partir do momento em que, após o fim do prazo contratual previsto no edital, a administração prorroga o contrato sem comprovação efetiva de vantajosidade, está, indevidamente, deixando de realizar um futuro procedimento licitatório, que seria realizado caso o resultado da pesquisa de preço fosse a não vantajosidade.

Assim, feitas essas considerações, já se pode, em Robert Alexy, realizar um exame de ponderação.

3 REALIZAÇÃO DA PONDERAÇÃO NO CASO CONCRETO

O primeiro ponto que merece destaque é que se está diante de uma regra presente no inciso II, do artigo 57 da Lei nº 8666/1993 *versus* um ato do Poder Executivo (permitindo a dispensa de pesquisa de preço nos casos citados), editado com base no princípio da economicidade (por mais que se diga que no caso da Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 há uma presunção de vantajosidade, já se mostrou que essa só está presente com a ciência de quanto o mercado cobra pelo mesmo serviço).

Têm-se, então, o princípio da economicidade *versus* os princípios que dão embasamento para a regra do inciso II, do artigo 57 da Lei nº 8.666/1993, quais sejam, o princípio da vantajosidade e da isonomia.

Por se estar diante de uma regra, conforme Robert Alexy, não basta realizar a ponderação entre os princípios acima, devendo-se ponderar, também, os princípios que exigem que as regras emitidas pelo Poder Legislativo (autoridade legitimada a criar normas gerais e abstratas) sejam cumpridas. Veja-se:

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior ao princípio contrário a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida (ALEXY, 2008, p. 15).

O exposto acima já mostra a dificuldade de se sustentar, em uma ponderação, o previsto na Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017, no tópico que aqui se estuda, qual seja, a dispensa de pesquisa de preço nas prorrogações de contratos com mão de obra exclusiva, mas se irá submetê-la ao exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Primeiro, dispensar pesquisa de preço no caso de prorrogações de contratações de serviço continuado referente à mão de obra é adequado ao princípio da economicidade, no sentido de permitir que o labor exercido por servidores públicos, nessas pesquisas, possam ser revertidos em outros afazeres, que vão ao encontro do interesse público, além de tornar esses procedimentos de prorrogação mais céleres? Sim.

Segundo, há algum outro meio que favoreça o mencionado acima, sem interferir ou interferindo menos nos princípios da vantajosidade e da isonomia? Aqui a situação já se torna um pouco mais complexa, podendo-se questionar uma eventual pesquisa de preço em comum para vários órgãos (com um prazo de validade um pouco mais alargado do utilizado usualmente), a fim desses órgãos compartilharem para terem ciência do preço de mercado, mas, ainda assim, isso exigiria um tempo e labor de servidores públicos que não seriam necessários no caso da

dispensa de pesquisa de preços (além do que, cada contratação possui suas peculiaridades), ou seja, essa medida não é igualmente adequada à medida prevista na Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017, logo se pode fundamentar que essa seja necessária.

Dessa forma, relevante o exame da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Conforme Alexy, como já mencionado, a análise disso consiste na seguinte regra: “Quanto maior o grau de não-satisfação de, ou detrimento, a um princípio, maior a importância de satisfazer o outro” (ALEXY, 1992, p. 16).

Representando, textualmente, a fórmula mais simples do peso de Robert Alexy, tem-se que “a desproporção em sentido estrito ocorrerá se a importância concreta do princípio que orienta a intervenção for menor do que a intensidade da intervenção sobre o princípio contrário” (BRANCO, 2009, p. 182).

Trabalhando com uma escala triádica de peso (leve, moderado e sério), analisa-se, primeiramente, a importância do princípio da economicidade com a previsão da Instrução Normativa aqui estudada, encontrando sua representação numérica, para, posteriormente, dividir pela representação numérica da interferência no princípio oposto, achando, assim, o peso concreto do princípio da economicidade.

Dessa forma, pode-se classificar a importância do princípio da economicidade no presente caso como moderada, isso porque a obrigatoriedade da pesquisa de preço nas prorrogações de contratos de serviço contínuo não interfere fortemente nas atividades dos servidores responsáveis por elaborar pesquisa de preço e nem na celeridade processual, haja vista que esses podem se adiantar na pesquisa (Instrução Normativa nº 03 de 20 de abril de 2017 concede o prazo de validade de 180 dias a essas diligências orçamentárias). Ao mesmo tempo não se pode classificar tal importância como leve em razão da possibilidade de distribuir o tempo de serviço, que deixa de ser utilizado com pesquisa de preço para outras atividades, que vão ao encontro do interesse público (sendo moderada a importância, sua representação numérica é 2).

Já a interferência que a dispensa dessa pesquisa causa ao princípio da vantajosidade e isonomia é leve, pois por mais que realmente possa ser ofertado um preço menor por outra empresa (vantajosidade) e, conseqüentemente, seja necessário fazer nova licitação, momento em que qualquer empresa poderá participar do certame (isonomia), a prática

mostra que essas pesquisas de preço não são de grande utilidade prática, pois conforme Acórdão do TCU, já mencionado, “normalmente leva a preços superiores àqueles alcançados durante a licitação” (BRASIL, 2013).

Pelo já citado Parecer da AGU:

Restou, portanto, demonstrada a baixa eficiência e pouca efetividade da realização da pesquisa de preços, no momento da prorrogação contratual, evidenciando-se, de outro lado, os mínimos benefícios advindos desse ato administrativo (BRASIL, 2014).

Assim, nota-se, então, que pela fórmula do peso deve prevalecer o comando da Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017, tendo em vista que o peso concreto do princípio da economicidade no caso concreto é maior do que 01.

Como esse princípio, na situação em exame, está contrário a uma regra (inciso II, do artigo 57 da Lei nº 8.666/93) que exige vantajosidade, e não presunção de vantajosidade, a ponderação deve ocorrer, também, com outros princípios, como o da democracia representativa, veja-se:

A prioridade de uma norma editada como regra pelo legislador sobre um princípio, que lhe disputa a incidência, decorre da consideração de outros princípios formais, como o da democracia representativa, que empresta peso adicional para as decisões legislativas (BRANCO, 2009, p. 169).

Mesmo com essa nova necessidade, o princípio da economicidade prepondera, pois, como já exposto, há, especificamente no caso concreto estudado, motivos para relativizar a regra do inciso II, do artigo 57, da Lei nº 8.666/1993, qual seja, a baixa utilidade prática da pesquisa de preço nos casos em que a Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 a dispensa.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, pode-se concluir pela preponderância, no presente cenário, do princípio da economicidade frente ao princípio da busca da proposta mais vantajosa e da isonomia.

Na situação em questão, o grau de importância do princípio da economicidade é superior à interferência nos princípios da vantajosidade

e isonomia, isso porque as pesquisas de preço realizadas no caso de prorrogação de contrato de mão de obra exclusiva têm mostrado pouca utilidade prática, pois, em regra, levam a preços superiores ao da licitação, conforme mencionado no Acórdão 1214/2013 do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2013).

Razão pela qual a perturbação nos princípios da isonomia e vantajosidade foi considerada leve, já a importância da satisfação do princípio da economicidade foi tida como moderada, de modo que esse último deve prevalecer.

No que se refere ao fato de haver uma regra expressa (inciso II, do artigo 57, da Lei nº 8.666) visando “obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração” (e não mera presunção de vantajosidade), foram expostas razões para, no caso concreto, relativizar tal regra, qual seja, a baixa utilidade prática da pesquisa de preço nos casos, em que a Instrução Normativa nº 05, de 25 de maio de 2017 a dispensa.

Pode-se considerar, então, como oportuna, medidas semelhantes às implementadas por essa Instrução Normativa, no sentido de racionalizar a atividade realizada pelos servidores públicos, a fim de evitar burocracias desnecessárias em âmbito público.

É nesse sentido que a dispensabilidade de pesquisa de preço no caso em análise é bem-vinda, pois evita um labor que, como já mencionado, não gera, em regra, resultado prático, pois aquela pesquisa atinge valores superiores ao preço do contrato vigente, tendo tido como função, apenas, preencher um requisito formal desnecessário. Como apontado no Acórdão 1214/2013 do Tribunal de Contas da União, a pesquisa, neste caso, “normalmente leva a preços superiores àqueles alcançados durante a licitação” (BRASIL, 2013).

Que fique claro que não está se falando em dispensar a pesquisa de preço em qualquer prorrogação contratual, mas apenas naquelas hipóteses de contrato com mão de obra exclusiva, haja vista que nesses ficou demonstrado que sua realização vai de encontro ao princípio da economicidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217. Rio de Janeiro. jul./set. 1999.

_____. Ponderação, revisão constitucional e representação. *Interesse Público*, v. 71. Belo Horizonte. jan./fev. 1992.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº12/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1029/2009*. Segunda Câmara. Relator: Raiumundo Carreiro. Sessão de 17/03/2009. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1597/2010*. Plenário. Relator: Augusto Sherman. Sessão de 07/07/2010. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1214/2013*. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Sessão de 22/05/2013. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2018.

CHAVES, Luiz Claudio de Azevedo. *A atividade de planejamento e análise de mercado nas contratações governamentais*: estudo prático sobre a atividade de pesquisa de preços nas licitações, dispensa e inexigibilidade da Administração Pública e do Sistema “S”. Curitiba: JML, 2018.

GASPARINI, Diógenes. Prazo e prorrogação do contrato de serviço continuado. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 13, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=7672>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTL, Marinês Restelatto. Responsabilidade por pesquisa de preços em licitações e contratações diretas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 116, ago. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74450>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

