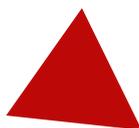


A NECESSÁRIA FASE PREPARATÓRIA DA CONTRATAÇÃO DIRETA NA LEI N. 14.133/2021

THE NECESSARY PREPARATORY PHASE OF DIRECT BIDDING IN LAW N. 14.133/2021



Flávio Garcia Cabral

Pós-doutorado pela PUCPR; Especialista e Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor do Mestrado em Direito e Políticas Públicas da UNIRIO. Coordenador-Geral de Contratação Pública da PGFN. Procurador da Fazenda Nacional. Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA).

Sumário: 1. Introdução; 2. A contratação direta e o mito da exceção absoluta; 3. A contratação direta e o mito da informalidade; 4. A fase preparatória da contratação direta na Lei n. 14.133/2021; 5. Conclusões; Referências.

Resumo: O presente artigo visa investigar os procedimentos preparatórios para a contratação direta constantes na Lei n. 14.133/2021, conhecida como nova lei de licitações. As contratações sem licitação (dispensa e inexigibilidade) são mecanismos de uso frequente pela administração pública, sendo necessário conhecer quais os requisitos formais prévios para a sua realização. Assim, pretende-se examinar as exigências trazidas pela Lei n. 14.133/2021, notadamente em seu artigo 72. Para a realização do artigo, utiliza-se o método de abordagem indutivo, possuindo natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica em relação aos meios. Ao final, apura-se que a nova lei trouxe de maneira didática e mais completa uma série de requisitos mínimos imprescindíveis para o planejamento e preparação para que haja a contratação direta, cabendo ao gestor iniciar uma cultura do planejamento para toda contratação pública, em especial naquelas hipóteses em que não há licitação.

Abstract: This article aims to investigate the preparatory procedures for direct bidding contained in Law n. 14.133, of 2021, known as the new Bidding Law. Contracts without bidding (exemption and unenforceability of bidding) are mechanisms frequently used by the Public Administration, and it is necessary to know the formal requirements prior to carrying them out. Thus, it is intended to examine the requirements brought by Law n. 14.133, of 2021, notably in its article 72. To carry out the article, the inductive approach method is used, having a descriptive and exploratory nature regarding the purposes and bibliographical in relation to to the media. In the end, it appears that the new Law brought in a didactic and more complete way a series of essential minimum requirements for planning and preparation for direct bidding, with the manager being responsible for initiating a culture of planning for all public contracting, especially in those cases where there is no bidding.

Palavras-chave: Licitações. Contratação direta. Planejamento. Lei n. 14.133/2021.

Keywords: Bidding. Direct bidding. Planning. Law n. 14.133/2021.

1 INTRODUÇÃO

O agir da administração pública na concretização de seus deveres e cumprimento das políticas públicas demanda invariavelmente a realização de uma série de contratações públicas. Aquisição de produtos, contratação de serviços, realização de obras ou mesmo alienação de bens são atividades cotidianas do poder público e são fundamentais para que o interesse público seja alcançado, mas exigem a formalização de contratos administrativos para a sua materialização.

Sabe-se que, como regra, para que sejam firmados os referidos contratos administrativos, faz-se mister a realização de um procedimento licitatório prévio. Sem embargo, há casos em que a legislação autoriza o afastamento da licitação, permitindo a contratação direta.

O ponto-chave é que, nas hipóteses de contratação direta, apesar de haver um abreviamento na forma de contratação, que de fato não possui, na maior parte dos casos, a fase competitiva, não se dispensa por completo aspectos preparatórios fundamentais para a garantia da vantajosidade e da lisura do ajuste.

Tendo isso em vista, este artigo busca investigar como está delineada a fase preparatória da contratação direta à luz da Lei n. 14.133, de 2021.

A análise se justifica quando se nota que as contratações diretas fazem parte do exercício rotineiro da função administrativa, sendo fundamental compreender qual o regramento pertinente a essas formas de contratar. A questão ganha ainda mais relevo ao se apurar que a parte procedimental das contratações sem licitação não recebe a devida atenção pelos gestores públicos.

Para a realização do artigo, utiliza-se o método de abordagem indutivo, possuindo natureza descritiva e exploratória quanto aos fins e bibliográfica em relação aos meios.

O artigo será estruturado da seguinte maneira: primeiramente, será abordada a contratação direta como exceção no ordenamento, buscando-se indicar qual o alcance desse caráter dito excepcional; ato contínuo, será apresentada a exigência de uma formalização preparatória para as contratações diretas; por derradeiro, desenvolver-se-á o dever de planejamento para as contratações sem licitação diante da nova lei de licitações, analisando-se o artigo 72 e demais dispositivos correlatos.

2 A CONTRATAÇÃO DIRETA E O MITO DA EXCEÇÃO ABSOLUTA

Repete-se, com frequência, a afirmação de que a regra é a exigência de procedimento licitatório prévio para as contratações públicas. Isso decorre da previsão do artigo 37, inciso XXI, da Constituição, sendo que a contratação sem licitação seria a exceção, somente autorizada em situações específicas trazidas pelo legislador.

De fato, o procedimento licitatório representa instrumento que concretiza o princípio da impessoalidade administrativa, bem como fomenta a eficiência¹ ao se instaurar um certame pautado na competição, no qual há a possibilidade de se conseguir contratações mais vantajosas para o poder público.

Não obstante, o texto constitucional permitiu que o legislador previsse hipóteses em que não seria preciso a licitação para que houvesse a contratação pública. Assim, já na Lei n. 8.666, de 1993, previu-se a figura da licitação dispensável (artigo 24), licitação inexigível (artigo 25) e licitação dispensada (artigo 17).

Em apertada síntese, a licitação inexigível² se refere às hipóteses em que há inviabilidade de competição, impossibilitando, por consequência, a realização do certame licitatório. Isso decorre seja da existência

1 De qualquer modo, a eficiência se mostra, em alguma medida, mais evidente quando não se tem a figura da licitação. Nesse sentido: “Quando comparados dois processos administrativos em um mesmo cenário, sendo o primeiro composto de três fases (planejamento, licitação e contratação) e o segundo de apenas duas (planejamento e contratação), este segundo rito processual tenderá a ser mais célere e ter um ganho em eficiência. Logo, é possível concluir que, ao criar o dever constitucional de licitar, a Constituição Brasileira de 1988 fez uma opção pelo princípio da isonomia (igualdade de condições a todos os concorrentes) na contratação pública, mesmo que em detrimento da eficiência” (BOSELLI, Felipe. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, v. 2, p. 33).

2 Segundo o Tribunal de Contas da União, “a inexigibilidade ocorre quando a competição entre fornecedores é inviaável, impossibilitando a licitação, seja em razão da singularidade do objeto contratado ou da existência de um único agente apto a fornecê-lo ou da contratação de todos os interessados que atendam aos requisitos definidos na contratação (credenciamento). Já nas hipóteses de dispensa, a competição

de um fornecedor exclusivo seja da impossibilidade de se avaliar com critérios minimamente objetivos qual seria a melhor proposta quando há uma variedade de fornecedores ou ainda quando o poder público pretende contratar todos os que cumpram os requisitos mínimos exigidos, como ocorre no credenciamento.

Já a licitação dispensável se caracteriza pela realização de uma filtragem fático-jurídica feita pelo legislador, de maneira que, diante de determinadas situações, nas quais haveria a viabilidade jurídica de competição, a realização de um procedimento licitatório pode não atingir o interesse público da maneira devida, cabendo ao agente público avaliar se a contratação direta figura ou não como a melhor solução. Veja-se, portanto, que a licitação dispensável não vincula obrigatoriamente o agente público, o qual pode decidir por licitar, diante das circunstâncias do caso concreto, de forma devidamente motivada, demonstrando que ela pode melhor atender ao interesse público primário e secundário. Não há, pois, uma vedação ao trâmite licitatório, o qual se mostra fática e juridicamente possível (existe, em tese, a possibilidade de competição), mas somente uma permissão legal para que seja dispensado.³

Por fim, na licitação dispensada, relacionada a situações de alienação de bens, concerne a casos em que o legislador não permite que haja a licitação,⁴ como na doação de um bem para outra entidade da administração pública ou ainda na investidura.

Na nova Lei n. 14.133/2021, o legislador manteve a mesma categorização de hipóteses de contratação direta, prevendo a inexigibilidade no artigo 74, a licitação dispensável no artigo 75 e a dispensada no artigo 76.

Retomando a premissa inicial, apesar de tida como exceção, a contratação direta assume um papel de destaque no âmbito da administração pública, notadamente a federal. Em termos de volume de recursos, por exemplo, em anos anteriores, nota-se uma preponderância nas contratações diretas. No ano de 2021, *e.g.*, as contratações por dispensa e inexigibilidade feitas pela administração pública federal corresponderam a 56% de todas as contratações, no tocante ao valor dos contratos.⁵ Na mesma toada, no ano de 2023, apurou-se que as contratações diretas feitas pela União totalizaram o significativo montante de mais de 28 bilhões de reais.⁶

Assim, tem-se que a exceção da contratação direta deve ser interpretada em termos. Mostra-se uma exceção porque somente pode ocorrer nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador, ainda que decorrentes de cláusulas abertas como ocorre com a inexigibilidade, não cabendo ao gestor criar administrativamente novos casos de afastamento da licitação.

Além disso, para que haja a contratação direta, é necessária a adequada subsunção dos aspectos fáticos à hipótese normativa que autoriza a “não licitação”, não sendo possível uma interpretação ampliativa para que haja o encaixe, mesmo que forçado, em alguma das causas de dispensa ou de inexigibilidade.

No entanto, não se mostra necessariamente excepcional a sua ocorrência prática ou mesmo a quantidade de contratos ou volume de valores contratados sem licitação.

é viável, mas licitar não é obrigatório, pois, nesses casos previstos pela Lei, realizar o procedimento pode não ser a opção mais adequada para atender ao interesse público” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 5. ed. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência, 2023, p. 649-650).

3 CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Leme: Mizuno, 2024, p. 484.

4 “Nos casos de licitação dispensável, mesmo sendo possível a competição licitatória, a lei autoriza a sua não realização, segundo critério de oportunidade e conveniência. Já nas hipóteses de licitação dispensada, a lei rejeita a realização do certame, não havendo margem para a discricionariedade da Administração” (BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 522).

5 Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2023>

6 Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2023>

Ademais, estando diante das hipóteses em que o legislador fixou como sendo de contratação direta, não se faz necessário que o gestor justifique que essa forma de contratação é mais ou menos vantajosa que a realização de licitação. Veja que na inexigibilidade a própria licitação se mostra incabível. Na dispensa, o legislador ordinário, com autorização constitucional, já realizou uma avaliação prévia de que seria juridicamente possível não realizar o certame licitatório diante de um rol taxativo de situações, levando-se em consideração o interesse público e os bens jurídicos tutelados.

Dessas constatações, verifica-se que não se deve, de per si, avaliar com desconfiança o uso de contratações sem licitação. Porém, para que essa premissa se mostre válida, é imperioso que a contratação direta se atenha rigorosamente a sua hipótese de incidência, bem como atenda de maneira completa os seus requisitos preparatórios, conforme se verá adiante.

3 A CONTRATAÇÃO DIRETA E O MITO DA INFORMALIDADE

A prática em licitações evidencia ao longo dos anos, ainda no bojo da Lei n. 8.666/1993, uma prática perniciososa, mas que, em alguma medida, foi tida como normal⁷ entre os mais variados gestores.

Criou-se uma indevida imagem de que o procedimento licitatório seria extremamente rigoroso e burocrático, ao passo que a contratação direta seria mais célere, uma vez que demandaria um rigor menos excessivo.

Essa compreensão levava a diversos processos de contratação direta sendo encaminhados às assessorias jurídicas com uma instrução bastante deficiente, faltando documentos, sem a apresentação das devidas justificativas, tendo sido elaborados às pressas e sem uma cautela ou planejamento mínimos.

A esse respeito, Ana Cristina Moraes Warpechowski e Sabrina Nunes Iocken trazem similar apontamento:

Acontece que, na prática, muitos órgãos e muitas entidades públicas deixavam – como ainda deixam – de criar os processos físicos ou eletrônicos ou de instruí-los com os requisitos legais mínimos, atraindo nulidades absolutas (art. 59), crimes (art. 89) e responsabilidades civis e administrativas (art. 82), gerando insegurança jurídica e prejuízos para o contratado, a Administração Pública e a coletividade. Em última instância, acabam lesando o contribuinte, que é onerado com o mau uso dos recursos públicos arrecadados com os tributos, principal fonte da receita estatal.⁸

Sem embargo, a referida ideia de que nas contratações diretas haveria uma informalidade ou, ainda, um rigor mitigado quando cotejado com a licitação é totalmente enganosa.

A contratação direta se mostra mais célere quando comparada com o regular procedimento licitatório em razão da eliminação da chamada fase externa. Não há fase autônoma de propostas,⁹ julgamento e

7 Agustín Gordillo explica que haveria um parassistema da administração pública. Exemplifica essa administração pública Paralela justamente indicando que, embora nos ordenamentos jurídicos se consagre expressamente o princípio da publicidade, assegurando-se o pleno acesso a documentos e informações, a prática demonstra que na administração pública na América Latina vigora a tradição do silêncio, do segredo, da reserva, da não publicidade. Os agentes públicos que assim o fazem não agem pensando estar fazendo algo ilícito; ao contrário, entendem estar protegendo informações administrativas e que isso é o correto a ser feito. Ainda que se mostre a legislação exigindo o contrário, muito provavelmente o agente reagirá com espanto e incredulidade genuína (GORDILLO, Agustín. **La administración paralela**. Madrid: Civitas, 1982). Essa mesma administração pública paralela parece querer germinar no tocante à devida formalização das contratações diretas, construindo-se paulatinamente um equivocado entendimento, com ares de naturalidade, de que a informalidade seria cabível nesses casos.

8 WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; IOCKEN, Sabrina Nunes. O processo de contratação direta e a inexigibilidade de licitação: como fazer a coisa certa com os atalhos legais? In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Aspectos polêmicos sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 215.

9 Válido lembrar somente a figura da dispensa eletrônica, prevista no artigo 75, §3º, da Lei n. 14.133, de 2021, e disciplinada no âmbito da administração pública federal pela Instrução Normativa Seges/ME n. 67, de 8 de julho de 2021, que traz uma forma de competição para

habilitação. No entanto, no tocante à fase interna, isto é, os procedimentos preparatórios necessários à contratação, o rigor exigido para a contratação direta e para as hipóteses em que há licitação são essencialmente os mesmos. O distintivo, repita-se, é que, após a finalização da fase interna da contratação direta, como regra, já ocorre a celebração do contrato,¹⁰ e não a publicação de um edital que inaugura a fase externa.

Impende sublinhar ainda que, tendo em vista que a contratação direta somente pode ocorrer diante das situações trazidas pelo legislador (constituindo-se uma exceção, nesse sentido), é fundamental que haja uma fase instrutória bem construída, capaz de indicar, sem margem de dúvida, que de fato se mostrava cabível a não realização da licitação.

Eventuais associações de fraudes, improbidade ou desvio a contratações diretas, que de fato permitiriam, em tese, um maior direcionamento da contratação, ocorrem muitas das vezes justamente pela cultura de ausência de zelo na construção dessa forma de contratar, que acaba sendo erroneamente vinculada a uma ausência de controle.

4 A FASE PREPARATÓRIA DA CONTRATAÇÃO DIRETA NA LEI N. 14.133/2021

A nova lei de licitações possui uma grande preocupação com o planejamento. Deveras, embora o dever de planejamento para a administração pública não tenha sido criado com a Lei n. 14.133/2021, foi por ela bastante reforçado. Por exemplo, podem ser indicados como etapas de um microplanejamento trazidos na lei: a) a exigência de o processo se iniciar com o documento de formalização da demanda (artigo 12, inciso VII; artigo 72, inciso I); b) a elaboração dos estudos técnicos preliminares (ETP) (artigo 6º, inciso XX; artigo 18, inciso I e §§1º a 3º); c) dentro do ETP, a realização da pesquisa de preços (artigo 23; artigo 72, inciso II); d) a formalização do termo de referência (TR), projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto (artigo 6º, incisos XXIII, XXIV, XXV e XXVI; artigo 18, inciso II; artigo 40, §1º; artigo 72, inciso I); e) a gestão de riscos durante todo o procedimento de contratação pública (artigo 11, parágrafo único; artigo 72, inciso I; artigo 117, §3º; artigo 169); f) a criação de eventual matriz de riscos, a depender do objeto contratual (artigo 6º, inciso XXVII; artigo 22, §2º; artigo 103); g) a utilização de minutas padronizadas para a criação dos editais e demais documentos (artigo 19, inciso IV; artigo 25, §1º); e h) o envio do processo à assessoria jurídica para que seja feito o necessário parecer prévio (artigo 53; artigo 72, inciso III)¹¹.

Esse planejamento disposto na novel legislação se refere à contratação pública como um todo, e não só ao certame licitatório. Destarte, a contratação direta também demanda a exigência de uma fase interna. Os aspectos preparatórios da contratação direta constam essencialmente do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

a dispensa em razão do valor. É o procedimento denominado jocosamente de “preguinho”. A esse respeito, confira-se: ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia. As diferenças entre o pregão e o “preguinho”. **Sollicita**, 27 nov. 2023. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/20891/as-diferencas-entre-o-pregao-e-o-preguinho>. Acesso em: 2 mar. 2024.

10 Cabe recordar que a nova Lei de Licitações permitiu que o sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade (artigo 82, §6º). Assim, é possível que o produto da contratação direta seja uma ata de registro de preços e não necessariamente um contrato.

11 CABRAL, Flávio Garcia. Planejar, planejar e planejar: o futuro da nova Lei de Licitações. **JOTA**, 15 fev. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/planejar-planejar-e-planejar-o-futuro-da-nova-lei-de-licitacoes-15022024>. Acesso em: 2 mar. 2024.

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Na legislação pretérita, havia a previsão da etapa de planejamento para as contratações diretas, mas que se mostrava menos aprofundada. O artigo 26 da Lei n. 8.666/1993 previa do seguinte modo, *in verbis*:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Dois pontos podem ser observados de imediato: a) a exigência de uma preparação mínima para as contratações diretas já existia na Lei n. 8.666/1993, não sendo propriamente novidade da Lei n. 14.133/2021; b) apesar dessa exigência constante da legislação pretérita, a nova lei de licitações trouxe essa exigência de maneira mais completa¹² e didática, reforçando esse dever de planejamento e preparação.

Retomando a análise do artigo 72 da nova lei, um primeiro ponto, pressuposto às exigências ali contidas, diz respeito à necessidade de que a contratação direta venha materializada por intermédio de um processo administrativo,¹³ que deve ser, em regra, digital (artigo 12, inciso VI, da nova lei). Toda a documentação e justificativas exigidas no artigo 72 deverão estar colacionadas no referido processo.

12 Com a mesma percepção, manifesta-se Francisco Sérgio Maia Alves: “A norma atual é mais detalhada que a anterior quanto ao conteúdo do processo de contratação direta. Enquanto a Lei n. 8.666/1993 somente previa a inclusão da razão da escolha do fornecedor ou executante e da justificativa do preço – além da caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, na hipótese do inc. IV do art. 24, e do documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados, somente aplicável ao caso do inc. XXI do art. 24 – a Lei n. 14.133/2021 trouxe seis novas exigências” (ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Lei de Licitações e Contratos comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 334).

13 BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Orientação Normativa n. 2**, de 1º de abril de 2009: “Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento”.

No inciso I do referido artigo 72, o primeiro elemento a ser constituído para a contratação direta é o documento de formalização da demanda (DFD), que se trata de peça hábil a identificar a necessidade do órgão público e apresentar descrições mínimas sobre o que se pretende contratar, a exemplo da indicação do objeto e da justificativa da contratação.

No âmbito da administração pública federal, o DFD possui regramento conferido pela Instrução Normativa n. 5, de 26 de maio de 2017, aplicável ao contexto da Lei n. 14.133/2021, por força do disposto no artigo 1º da Instrução Normativa Seges/ME n. 98, de 26 de dezembro de 2022.

Assim, do DFD deverão constar (art. 21, inciso I, da IN n. 5/2017): a) a justificativa da necessidade da contratação explicitando a opção pela terceirização dos serviços e considerando o planejamento estratégico, se for o caso; b) a quantidade de serviço a ser contratada; c) a previsão de data em que deve ser iniciada a prestação dos serviços; e d) a indicação do servidor ou servidores para compor a equipe que elaborará os estudos preliminares e o gerenciamento de risco e, se necessário, daquele a quem será confiada a fiscalização dos serviços, o qual poderá participar de todas as etapas do planejamento da contratação.

Em relação aos demais elementos citados no inciso (estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo), veja que o legislador se valeu da expressão “se for o caso”, a qual deve ser lida não como um “cheque em branco”¹⁴ para se dispensar, de maneira discricionária, qualquer um dos documentos ali listados. A dispensa de algum dos documentos constantes do inciso I somente deverá ocorrer diante da incongruência fático-jurídica do objeto a ser contratado (ex.: não é exigido projeto básico ou executivo em contratações que não se refiram a obras ou serviços de engenharia) ou em razão de autorização específica prevista em lei¹⁵ ou regulamento próprio.

À luz da legislação antiga, no que concerne à instrução processual, recorda-se que a Instrução Normativa Seges/MP n. 5, de 25 de maio de 2017, disciplinou, no âmbito da administração pública federal, o procedimento para contratação de serviços em regime de execução indireta. Em seu artigo 20, §1º, há previsão de cumprimento das etapas de planejamento nas situações de dispensa e inexigibilidade da licitação, *no que couber*. A mencionada instrução normativa determina a instrução dos autos com a seguinte documentação: a) documento para formalização da demanda (artigo 21, inciso I – Anexo II); b) estudos preliminares (artigo 24 – Anexo III); c) mapa de riscos (artigo 26 – Anexo IV); e d) projeto básico ou termo de referência (artigo 28 – Anexo V).

Diante da nova lei de licitações, os estudos técnicos preliminares, por exemplo, devem seguir as diretrizes constantes da Instrução Normativa Seges n. 58, de 8 de agosto de 2022. Na referida IN, nota-se que não se faz necessária a realização do ETP (por vezes sendo facultativo, por vezes sendo dispensado), por expressa previsão normativa contida no artigo 14, para algumas hipóteses de contratação direta: é facultado o ETP nas hipóteses dos incisos I, II, VII e VIII do art. 75 e do § 7º do art. 90 da Lei n. 14.133/2021; e é dispensado na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei n. 14.133/2021, e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

Já no termo de referência (TR), cuja regulamentação federal consta da Instrução Normativa Seges/ME n. 81, de 25 de novembro de 2022, afasta-se a exigência de realização do TR na hipótese do inciso III

14 Assim, discorda-se frontalmente do entendimento de Ivan Barbosa Rigolin, que, ao analisar o inciso I do artigo 72, pontua: “Todo o mais é ‘conforme o caso’, o que pode ser nunca. A autoridade decidirá a cada caso se precisa dos outros documentos e, então, os providenciará” (RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Lei nº 14.133/2021 comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 245).

15 O artigo 8º, inciso I, da Lei n. 14.217, de 2021, que versa sobre contratações públicas relacionadas à Covid-19, por exemplo, dispensa o Estudo Técnico Preliminar nas aludidas contratações.

do art. 75 da Lei n. 14.133/2021, nas adesões a atas de registro de preços e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos (artigo 11 da referida IN).

Prosseguindo, a previsão do inciso II do artigo 72 em comento se refere à realização da pesquisa de preços, de modo a se obter o orçamento estimado. Veja que o inciso remete justamente ao artigo 23, que indica meios de se realizar a pesquisa de preços. De fato, embora o legislador permita a realização de contratações sem licitação, isso não implica o pagamento de qualquer valor pela administração pública (a vantajosidade continua a ser um pressuposto das contratações públicas).¹⁶ Uma pesquisa realizada de maneira completa é pressuposto inafastável para essas contratações.

Sem embargo, é possível que, em razão da natureza do objeto a ser contratado ou do próprio contratante, em especial nas hipóteses de inexigibilidade, a pesquisa de preços seja mais restrita.

Nessa toada, ainda sob a vigência da legislação anterior, mas cujos aportes se mostram cabíveis para a nova lei, importante ressaltar que a Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União n. 17, de 1º de abril de 2009, admite que a pesquisa de preços ocorra por meio de comparativo dos preços¹⁷ dos produtos contratados: “A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”.

Foi justamente nessa linha que o artigo 7º, §1º e 2º, da Instrução Normativa Seges/ME n. 65, de 7 de julho de 2021,¹⁸ que versa sobre a pesquisa de preços sob a égide da Lei n. 14.133/2021,¹⁹ previu como se deve realizar a pesquisa de preços nas hipóteses em que não se consegue realizar a estimativa de preços pelos métodos “tradicionais”.

O inciso III do artigo 72 exige que a instrução processual seja acompanhada do parecer jurídico e dos pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos. No que tange a esse inciso, o artigo 53 da lei torna, como regra, obrigatória a realização de parecer jurídico para as contratações públicas. Em relação às contratações diretas, há a previsão expressa no artigo 53, §4º.

16 Já tivemos a oportunidade de escrever em relação à dispensa, mas cujos aportes também se estendem para a inexigibilidade, que a contratação direta não pode ser efetuada por qualquer valor ou montante acima do preço de mercado, pois o aspecto da vantajosidade e o princípio da eficiência e economicidade continuam a permear as contratações públicas. Deve-se ter cautela, contudo, para não confundir vantajosidade simplesmente com menor preço. De fato, conforme jurisprudência do TCU, a proposta mais vantajosa abarca preços economicamente satisfatórios e exequíveis; a aquisição de bens e execução de serviços em tempo hábil a atender o interesse público; e o cumprimento das obrigações contratuais pactuadas (Acórdão n. 2172/2008 – Plenário) (CABRAL, Flávio Garcia. Comentário ao artigo 75. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/21** comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Jus Podium, 2021, p. 902).

17 Igualmente, o Parecer PGFN/CJU/CLC/N. 2184/2008 averbou que “caso a Administração entenda ser inviável a comparação entre o preço praticado pela contratada e outras instituições semelhantes, dada a natureza singular do curso em questão, a razoabilidade do preço cobrado pela Instituição contratada deve ser comprovada a partir da comparação dos preços praticados pela própria instituição para atividades de mesma natureza, como, por exemplo, comprovar que o preço cobrado pela contratada é similar ao já cobrado anteriormente para o curso a ser contratado”.

18 Instrução Normativa Seges/ME n. 65, de 7 de julho de 2021. Art. 7, §1º Quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no art. 5º, a justificativa de preços será dada com base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo. § 2º Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o parágrafo anterior poderá ser realizada com objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido.

19 O Enunciado n. 52/2023 do 2º Simpósio de Licitações e Contratos do Conselho da Justiça Federal segue o mesmo entendimento “No caso de justificativa de preços para contratação direta, não sendo possível a utilização dos parâmetros previstos nos §§1º, 2º e 3º do art. 23 da Lei n. 14.133/2021, além da comprovação da conformidade dos preços com os praticados em contratações semelhantes, trazida pelo particular (art. 23, § 4º), deve a Administração avaliar a necessidade de realizar sua própria pesquisa de preços praticados pelo proponente, evitando que os documentos juntados ao processo sejam trazidos apenas pelo futuro contratado”.

No entanto, o próprio artigo 53, §5º, prevê a possibilidade de se dispensar a análise jurídica dos órgãos consultivos em hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico. Essa prática já ocorria na vigência da legislação anterior, ao menos no âmbito federal, podendo-se mencionar, *e.g.*, a figura dos pareceres referenciais (nota-se, em realidade, que não há uma dispensa absoluta dos pareceres), previstos na Orientação Normativa n. 55, de 23 de maio de 2014, da Advocacia-Geral da União.

Além disso, já à luz da Lei n. 14.133/2021, foi editada a Orientação Normativa n. 69, de 2021, que justamente dispensa o parecer jurídico para contratações diretas em razão do valor:

Não é obrigatória manifestação jurídica nas contratações diretas de pequeno valor com fundamento no art. 75, I ou II, e § 3º da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, salvo se houver celebração de contrato administrativo e este não for padronizado pelo órgão de assessoramento jurídico, ou nas hipóteses em que o administrador tenha suscitado dúvida a respeito da legalidade da dispensa de licitação. Aplica-se o mesmo entendimento às contratações diretas fundadas no art. 74, da Lei nº 14.133, de 2021, desde que seus valores não ultrapassem os limites previstos nos incisos I e II do art. 75, da Lei nº 14.133, de 2021.²⁰

No que concerne aos pareceres técnicos, a previsão da expressão “se for o caso” deve ser lida no sentido de que, diante de determinadas contratações, não será exigida nenhuma espécie de parecer de ordem técnica, seja pela simplicidade da contratação seja pela natureza do objeto a ser contratado (não há, contrariamente ao que possa transparecer da leitura do inciso, uma discricionariedade na exigência do parecer técnico, caso ele realmente se mostre necessário).

O inciso IV diz respeito à necessidade de declaração da existência de recursos orçamentários para fazer frente à contratação pretendida. Assim, cabe ao gestor público atestar tanto que há reserva de recursos para a presente contratação, bem como declarar a adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias da despesa, nos termos do inciso II do artigo 16 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

O inciso V determina que se comprove que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessários. Reitera-se que as contratações diretas precisam continuar sendo vantajosas ao poder público, sendo inviável que se selecione qualquer sujeito para fornecer bens ou prestar serviços, devendo atender a qualificações mínimas (as previstas nos artigos 66 a 70) que sejam capazes de indicar, em tese, que o contrato será executado a contento. Deverá o gestor, contudo, avaliar as circunstâncias da contratação a ser realizada, verificando-se quais dos requisitos de habilitação se mostram necessários para a contratação em questão (ex.: a depender do objeto – uma entrega imediata de uma quantia pequena de bens de consumo, por exemplo –, a exigência de habilitação econômico-financeira pode se mostrar indevida).

Ainda quanto aos requisitos de habilitação e qualificação mínimas, cabe indicar também o §4º do art. 91 da Lei n. 14.133/2021, que estabelece que é necessário que sejam atendidos os seguintes requisitos, *in verbis*:

Art. 91 (...) § 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas

20 BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Orientação Normativa n. 69**, de 13 de setembro de 2021.

Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

Em relação ao inciso VI, há a necessidade de justificativa da escolha do contratado. Já que nas contratações diretas há uma discricionariedade na escolha do contratado, a sua seleção deve ser motivada. A motivação será variada a depender do fundamento da contratação direta. Se a contratação for por inexigibilidade em razão de fornecedor exclusivo, a justificativa do contratado se refere à própria necessidade da contratação. Por outro lado, diante das hipóteses de dispensa, por exemplo, a justificativa residirá, na maior parte das vezes, no preço ofertado pelo fornecedor, nos casos em que for melhor do que os dos demais possíveis fornecedores.

O inciso VII do artigo 72, por sua vez, demanda a realização da justificativa do preço.²¹ Aqui, embora possa parecer uma mera reiteração da exigência do inciso II, deve-se recordar que, devido às peculiaridades que por vezes acompanham as contratações diretas, é possível que eventualmente tenha de se realizar uma contratação com preços acima do de mercado. A exigência do inciso é justamente o de motivar, diante do contexto fático-jurídico da contratação, o porquê de se realizar a contratação por aquele montante. É claro que, nos casos em que o preço da contratada se mostre abaixo dos valores de referência apurado na pesquisa de preços, a justificativa exigida pelo inciso seria, em regra, a simples indicação dessa circunstância.

Ilustra-se a questão: suponha que determinado município pretenda realizar uma inexigibilidade de licitação para contratação de artistas para um show de fim de ano (artigo 74, inciso II).²² Realizando-se a pesquisa dos valores cobrados por esses mesmos artistas, obtém-se um preço de referência "X". Quando se observa o valor cobrado para a contratação pretendida, o preço está superior a "X". O inciso sob análise (artigo 72, inciso VII) demanda que, para que seja válida essa contratação, haja a devida justificativa para esse preço. Pode-se cogitar, por exemplo, que os preços encontrados eram para shows durante a semana e a festa de encerramento do ano ocorrerá em um fim de semana (cujo preço, normalmente, é mais caro). Ou ainda os preços pesquisados foram do fim do ano anterior, tendo sofrido alguma atualização. E também, sem esgotar o rol de possibilidade, pode-se apurar que a duração do show a ser contratado será superior a dos demais contratos antes firmados e pesquisados.

Por fim, o inciso VIII exige que haja a autorização da autoridade competente para que possa ocorrer a contratação direta. Essa exigência substitui a antiga previsão da prática de dois atos referentes às contratações diretas, que era o reconhecimento e a ratificação. Trata-se de uma mudança positiva, já que ambos os atos acabavam sendo realizados quase que simultaneamente, não havendo verdadeiro aumento no controle da contratação direta a prática de dois atos distintos.²³

A apuração de quem será a autoridade competente dependerá de cada estrutura administrativa, podendo, na ausência de previsão legal e/ou regulamentar, ser a autoridade hierarquicamente

21 "É claro: se a justificativa do preço demonstrar que há viabilidade de competição, está vedada a contratação direta por inexigibilidade. Nessa hipótese, poderá ser averiguada a possibilidade de enquadramento nos casos de dispensa ou, se também não for possível, será obrigatória a realização de licitação para que se alcance o objeto pretendido" (WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; IOCKEN, Sabrina Nunes. O processo de contratação direta e a inexigibilidade de licitação: como fazer a coisa certa com os atalhos legais? In: HARGER; Marcelo (Coord.). **Aspectos polêmicos sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 223).

22 Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: (...) II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

23 Hugo Sales explica que "o reconhecimento e a ratificação ocorriam na mesma seara e não tinham o condão de gerar alguma segurança maior na qualidade da contratação - e mesmo quando em órgãos distintos, a autoridade superior muitas vezes não era acostumada com processos de contratação e, ou simplesmente endossava a posição da autoridade *a quo* ou reanalisava todo o processo, o que gerava retardos em contratações muitas vezes caracterizadas pela sua relativa ou absoluta urgência" (SALES, Hugo. Comentários ao artigo 72. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133/21 comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Jus Podium, 2021, p. 873).

superior à autoridade contratante.²⁴ Afinal, não faria sentido que a própria autoridade que será responsável por firmar o contrato autorize uma contratação que ela mesma assinará.

O parágrafo único do indigitado artigo 72 se propõe a conferir publicidade às contratações diretas. A mudança em relação à Lei n. 8.666/1993 é que antes se exigia que essa publicidade ocorresse por meio do Diário Oficial (o que, em realidade, somente gerava uma publicidade formal, mas não material), tendo sido substituído por divulgação em sítio eletrônico (que, de acordo com o artigo 174, §2º, inciso III, é o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP).

Essa exigência de publicidade é reforçada pelo artigo 94, inciso II, que prescreve que a divulgação no PNCP é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer em 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta, contados da data de sua assinatura.

Ademais, deve haver a publicação do contrato no respectivo sítio oficial do órgão ou entidade na internet, em atenção ao art. 8º, §2º, da Lei n. 12.527/2011, c/c art. 7º, §3º, inciso V, do Decreto n. 7.724/2012.

Calha indicar que além das exigências constantes no artigo 72, direcionadas expressamente para as contratações diretas, há outros requisitos comuns às contratações públicas como um todo, que, por certo, também devem ser obedecidas. Nesse sentido é a necessidade, como regra,²⁵ de que a contratação conste do Plano de Contratações Anual (PCA), conforme determina o artigo 17 do Decreto n. 10.947/2022.²⁶

Além disso, também em âmbito federal, faz-se necessária a autorização da autoridade competente (não para a contratação direta em si, mas sim para a despesa decorrente da contratação), de que trata o Decreto n. 10.193, de 27 de dezembro de 2019.

Deve-se indicar, outrossim, que o descumprimento das referidas regras de planejamento relacionadas às contratações diretas pode ensejar, a depender do caso concreto, e desde que feito com dolo, fraude ou erro grosseiro,²⁷ a responsabilidade solidária, pelo dano causado ao erário, do contratado e do agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (artigo 73 da Lei n. 14.133/2021).

Observa-se que a legislação pretérita (Lei n. 8.666/1993) previa a possibilidade de responsabilização solidária somente nos casos de contratação direta em que houvesse superfaturamento (artigo 25, §2º). Assim, a nova lei amplia essa possibilidade, indicando que a solidariedade ocorrerá nos casos em que a contratação direta for feita “com dolo, fraude ou erro grosseiro”. É dizer, pode haver situações em que não há superfaturamento, mas havendo algum dano decorrente dessa contratação, oriundo de dolo, fraude ou erro grosseiro, haverá a responsabilidade solidária.

24 Em sentido semelhante, Sidney Bittencourt explana: “Autoridade competente, em linhas gerais, é o agente público que, dentro da organização interna da entidade administrativa, possui, regimental ou estatutariamente, competências específicas. Como a matéria tem conexão direta com uma despesa futura, não resta dúvida de que o responsável pelas contratações diretas, assim como pelas licitações, é o ordenador de despesa, uma vez que, sobre ele, como preconiza a Lei n. 4.320/1964, recai as responsabilidades sobre os gastos do dinheiro público. Dessa forma, apesar da Nova Lei não mencionar, entendemos que essa autorização deva partir da autoridade hierarquicamente acima do ordenador de despesas” (BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 517).

25 No tocante à contratação direta, o artigo 7º, inciso III, do Decreto n. 10.947, de 2022, prevê que ficam dispensadas de registro no plano de contratações anual as hipóteses previstas nos incisos VI, VII e VIII do *caput* do art. 75 da Lei n. 14.133, de 2021.

26 Art. 17. O setor de contratações verificará se as demandas encaminhadas constam do plano de contratações anual anteriormente à sua execução. Parágrafo único. As demandas que não constarem do plano de contratações anual ensejarão a sua revisão, caso justificadas, observado o disposto no art. 16.

27 O aspecto volitivo trazido pelo artigo é essencial para se verificar a responsabilização. Assim, somente havendo dolo, fraude ou erro grosseiro (também entendido como sinônimo de culpa grave pela doutrina) é que se pode aplicar o dispositivo legal. Sobre o erro grosseiro, observa-se que o artigo se alinha à previsão do artigo 28 da LINDB (Decreto-Lei n. 4.657, de 1942).

De qualquer modo, importante notar ainda que a responsabilidade somente ocorre na hipótese de verificação de algum dano.²⁸ Ainda que a contratação direta tenha sido realizada de maneira irregular, o que pode ensejar a responsabilização em diferentes esferas, o artigo em questão trata da solidariedade na reparação do dano causado.

Ademais, o artigo é restrito a determinar a solidariedade para a reparação do dano, evidenciando-se aqui sua natureza civil. Assim, embora possa igualmente haver sancionamentos de ordem penal,²⁹ por improbidade administrativa, disciplinar, entre outras, a solidariedade constante do artigo não se estende automaticamente a elas, devendo haver previsões expressas em cada uma das esferas sancionadoras.

Outro ponto a ser destacado é que se faz necessária a devida individualização da conduta dos agentes públicos envolvidos na contratação direta. É imprescindível que se apurem os atos praticados por cada agente, avaliando-se o nexo de causalidade deles com o eventual dano produzido. Somente assim pode-se falar em responsabilização.

De fato, dois parâmetros para que se possa tratar de responsabilização dos agentes públicos em razão de contratações públicas é a i) segregação de funções e a ii) necessidade de individualização das condutas (aspectos destacados, inclusive, no artigo 169, §3º, inciso II, da Lei n. 14.133/2021). Ambos os critérios se complementam e representam a positivação da jurisprudência já consolidada do Tribunal de Contas da União (TCU). Pela segregação de funções, deve-se verificar qual função era atribuída a cada agente durante o trâmite das contratações públicas, sendo que não pode haver a concentração de todas ou várias fases da contratação no mesmo sujeito (Acórdão n. 3.381/2013 – Plenário – TCU). Na mesma toada, a individualização da conduta determina que seja apontada uma conduta, ou omissão, concreta e específica de determinado agente. Não bastam alegações genéricas, que não indiquem a conduta de determinado agente para que lhe impute a responsabilidade.³⁰ A esse respeito, a Corte de Contas da União já decidiu, no Acórdão n. 247/2002 – Plenário, que

A responsabilidade do administrador público é individual. O gestor da coisa pública tem um campo delimitado por lei para agir. Dentro deste limite, sua ação ou omissão deve ser examinada para fins de individualização de sua conduta. (...) A simples existência de um fato apontado como irregular não é suficiente para punir o gestor. Impõe-se examinar os autores do fato, a conduta do agente, o nexo de causalidade entre a conduta e a irregularidade e a culpabilidade. Assim, verificada a existência da prática de um ato ilegal, deve o órgão fiscalizador identificar os autores da conduta, indicando sua responsabilidade individual e a culpa de cada um.

Por derradeiro, embora não conste expressamente do artigo em voga, é certo que essa responsabilização somente pode ocorrer por meio da instauração de um processo administrativo, no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, não sendo possível uma responsabilização automática.

28 Sem embargo, a jurisprudência do STJ (com a qual não se concorda), analisando a questão do dano à luz da Lei de Improbidade (antes de sua alteração pela Lei n. 14.230, de 2021), posicionava-se no sentido de que a contratação direta, quando não caracterizada situação de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário (*dano in re ipsa*), na medida em que o Poder Público perde a oportunidade de contratar melhor proposta (Informativo n. 549). De qualquer modo, insta ressaltar que não se admite mais na Lei n. 8.429, de 1992, com suas alterações posteriores, o dano presumido, sendo que no artigo 10 e 21 exigem o efetivo e comprovado dano para fins de responsabilização.

29 Art. 337-E do Código Penal: “Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: (Incluído pela Lei no 14.133, de 2021) Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei no 14.133, de 2021)”.

30 CABRAL, Flávio Garcia. Comentário ao artigo 169. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/21 comentada por Advogados Públicos**. São Paulo: Jus Podium, 2021, p. 1431.

5 CONCLUSÕES

A nova lei de licitações ratificou e reforçou um dever de planejamento das contratações públicas, há muito existente, mas que, ao menos em algumas searas, era deixado de lado ou não feito a contento.

É justamente a hipótese das contratações diretas que acabava sendo tratada, muitas das vezes, de forma açodada e sem cautela devida em termos de realização de uma fase preparatória adequada, muito embora houvesse essa exigência já na Lei n. 8.666/1993.

De qualquer modo, a Lei n. 14.133/2021, em especial em seu artigo 72, trouxe de maneira didática e mais completa uma série de requisitos mínimos imprescindíveis para o planejamento e preparação para que haja a contratação direta (por inexigibilidade ou dispensa).

Desta feita, apesar de o dever de planejamento não ser novidade, tem-se uma nova oportunidade de se recomeçar. Se estava sendo construída uma moral paralela dentro do poder público, de entender que a contratação direta poderia ser feita de qualquer forma, tem-se um novo diploma normativo indicando justamente o contrário, cabendo aos agentes públicos incorporarem essas regras e começarem a criar uma devida cultura do planejamento para toda contratação pública, notadamente naquelas hipóteses em que não há licitação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. **Lei de Licitações e Contratos comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BITTENCOURT, Sidney. **Nova Lei de Licitações**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

BOSELLI, Felipe. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. v. 2.

CABRAL, Flávio Garcia. Comentários ao artigo 75 e artigo 169. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/21 comentada por Advogados Públicos**. São Paulo: Jus Podium, 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. Planejar, planejar e planejar: o futuro da nova Lei de Licitações. **JOTA**, 15 fev. 2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/planejar-planejar-e-planejar-o-futuro-da-nova-lei-de-licitacoes-15022024>. Acesso em: 2 mar. 2024.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Leme: Mizuno, 2024.

GORDILLO, Agustin. **La administración paralela**. Madri: Civitas, 1982.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Lei nº 14.133/2021 comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SALES, Hugo. Comentários ao artigo 72. In: SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/21 comentada por Advogados Públicos**. São Paulo: Jus Podium, 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 5. ed. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência, 2023.

WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes; IOCKEN, Sabrina Nunes. O processo de contratação direta e a inexigibilidade de licitação: como fazer a coisa certa com os atalhos legais? In: HARGER, Marcelo (Coord.). **Aspectos polêmicos sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/2021.** Belo Horizonte: Fórum, 2022.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia. As diferenças entre o pregão e o “preguinho”. **Sollicita**, 27 nov. 2023. Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/20891/as-diferencas-entre-o-pregao-e-o-preguinho>. Acesso em: 02 mar. 2024.