

RONNY  CHARLES
**O ESTIGMA DA CONTRATAÇÃO DIRETA COMO “EXCEÇÃO” E A
FUNÇÃO LEGITIMADORA DO PROCESSO¹**

Anderson Sant'Ana Pedra

Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Professor de Direito Administrativo da FDV/ES.
Advogado e Consultor (Anderson Pedra Advogados). Procurador do Estado (ES). Membro
Fundador do Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP)
E-mail: aspedra@andersonpedra.adv.br
instagram: @andersonspedra

SUMÁRIO

1	Introdução	1
2	O estigma da contratação direta como exceção	2
	2.1 A busca da eficiência: resultado prático da contratação direta	4
	2.2 Deferência administrativa	6
	2.3 Necessidade de autolimitação dos órgãos de controle	10
3	Contratação direta como procedimento administrativo simplificado ...	11
	3.1 Requisitos necessários para a devida instrução para a contratação direta	12
	3.2 A importância da motivação	13
4	Considerações finais	14
5	Referências bibliográficas	Erro! Indicador não definido.

1 Introdução

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição brasileira de 1988, em estrita observância ao princípio da impessoalidade, consagrado no *caput* do referido dispositivo, estabelece, como regra, a obrigatoriedade de a Administração Pública contratar mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes – *princípio da obrigatoriedade da licitação*.

A Constituição, ao estabelecer tal diretriz, parte da presunção, ainda que relativa, de que a realização de procedimento licitatório prévio propicia a celebração da contratação mais vantajosa ao interesse público, sobretudo por viabilizar a competição, garantindo, de forma concomitante, a observância do *princípio da impessoalidade* e a obtenção da *melhor proposta*.

Não obstante, a estrita observância desse modelo procedimental pode, em determinadas circunstâncias, revelar-se incompatível com a salvaguarda do *interesse público* e da *eficiência*, o que levou o constituinte originário, no mesmo inc. XXI do art. 37, a excepcionar a regra, ao dispor que “os casos especificados na legislação” poderão justificar a contratação direta, prescindindo-se de licitação prévia.

Historicamente, todavia, consolidou-se certa desconfiança em relação às contratações diretas, como se estas configurassem, por si sós, expedientes propensos à prática de atos ilegítimos, e não hipóteses excepcionais de racionalização administrativa legitimadas pelo ordenamento jurídico.

¹ A primeira versão deste artigo foi publicada em: PEDRA, Anderson Sant'Ana. Contratação direta: entre desafios jurídicos e a função legitimadora do processo. In: PÉRCIO, Gabriela Verona; REIS, Luciano Elias. (Coord.) *Temas avançados em licitações e contratos*. Curitiba: INCP, 2025. p. 39-52.

Nesse contexto, a Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA) dedicou a Seção I do Capítulo VIII ao tratamento do “processo de contratação direta” (art. 72), disciplinando os elementos que devem instruir o respectivo procedimento, com os documentos e informações essenciais à sua conformidade legal. A norma contempla, ainda, as duas espécies de contratação direta: *i*) inexigibilidade de licitação (art. 74); e, *ii*) dispensa de licitação (art. 75).

Essas hipóteses excepcionais foram delineadas pelo legislador como situações nas quais a deflagração de um certame licitatório, em vez de atender ao interesse público, poderia comprometer sua efetivação, sendo preferível, nesses casos, a adoção de procedimentos mais céleres, sem o ônus das formalidades típicas da competição administrativa.

O presente artigo tem por objetivo examinar controvérsias relevantes atinentes à observância do *devido processo legal administrativo* nas hipóteses de contratação direta, à luz do regime jurídico delineado pela Lei nº 14.133/2021, evidenciando como a adequada instrução processual não apenas condiciona a legitimidade da “escolha” pela contratação direta, mas também desempenha papel central na legitimação das decisões administrativas que excepcionam o “dever constitucional de licitar”.

2 O estigma da contratação direta como exceção

A utilização do tecnicismo hermenêutico de que as *exceções devem ser interpretadas restritivamente*, não pode ensejar a presunção (equivocada) de que as contratações diretas (dispensa ou inexigibilidade) são procedimentos de contratação que devam ser evitados, pois geram suspeitas preconceituosas e atraem a atenção de todo o controle (social e institucional).

A afirmação de que a licitação constitui a regra, ao passo que a dispensa e a inexigibilidade configurariam exceções, transformou-se em verdadeiro mantra na área da contratação pública — uma fórmula repetida mecanicamente, muitas vezes sem a devida reflexão crítica sobre seu alcance e implicações. “Ao afirmar que uma coisa é regra e a outra sua exceção, definimos uma ordem de prevalência de uma sobre outra”², atribuindo-se à primeira uma suposta legitimidade natural e, à segunda, um caráter de anormalidade ou desvio.

Nesse aspecto, a lição de Mendes e Moreira é irretocável:

O problema maior está em adotar a ideia de regra e exceção imaginando que há apenas um único pressuposto aplicável para toda a realidade normatizada. Com isso, passamos a crer, por exemplo, que o certo, o comum é licitar, e que não licitar é incomum, é errado. Cria-se, assim, uma ideia de que se valer da exceção é não fazer o que deveria ter sido feito. Gera-se a errada concepção de que se deveria evitar a dispensa e a inexigibilidade.

Mas é preciso dizer que não é nada disso. *Primeiro*, porque não há apenas um único pressuposto para definir o cabimento da regra e o da exceção. *Segundo*, porque a legalidade depende tanto da aplicação da regra quanto da exceção. Ademais, em razão de tal equívoco de concepção, amplia-se demasiadamente o dever de licitar e, por via de consequência, o cabimento da contratação sem licitação é reduzido consideravelmente.³

Muito embora a licitação pública ostente múltiplas virtudes: *i*) viabiliza a celebração de contratações mais vantajosas para a Administração; *ii*) assegura a proteção dos interesses públicos e dos recursos governamentais; *iii*) promove o tratamento isonômico e impessoal dos particulares; e, *iv*) garante a observância da *moralidade administrativa*, notadamente sob a perspectiva do *dever de probidade*; não pode, *per se*, gerar qualquer tipo de constrangimento para que uma contratação ocorra diretamente, sem licitação, quando o caso concreto subsumir-se a uma das hipóteses de

² MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação: repensando a contratação pública e o dever de licitar de acordo com a lei nº 14.133/2021 e lei nº 13.303/2016*. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2023. p. 63.

³ MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação*, p. 63.

contratação direta. Por vezes, deixar de realizar uma contratação diretamente poderá sacrificar importantes valores e princípios do regime jurídico-administrativo, notadamente o princípio da *eficiência* e o do *interesse público*.

Deve-se ter em mente que nem sempre a contratação realizada por meio de um procedimento licitatório formal e burocrático conduzirá a uma contratação mais vantajosa.⁴

A contratação direta, conforme se está a analisar, é uma espécie de *procedimento administrativo simplificado* pensado pelo constituinte (art. 37, inc. XXI da CRFB), estruturado pelo legislador ordinário (arts. 74 e 75 da LLCA) e que deve ser utilizado quando necessário para melhor atender o *interesse público* e a *eficiência*.

Realizar um *procedimento licitatório formal e burocrático* quando se está diante de uma hipótese de contratação direta é uma *ofensa* aos princípios do *interesse público* e da *eficiência*, já que em casos que tais o legislador definiu como a melhor forma de contratação a *contratação sem licitação*.

Conforme leciona Torres, quando a legislação prevê hipóteses de contratação direta (dispensa e inexigibilidade):

[...] é porque admite que nem sempre a realização do certame conduzirá a melhor contratação pela Administração ou que, pelo menos, a sujeição do negócio ao procedimento formal e burocrático previsto pelo estatuto não serve ao eficaz atendimento ao interesse público naquela hipótese específica.⁵

Há hipóteses excepcionais em que a realização do *procedimento licitatório formal e burocrático*, longe de resguardar o interesse público, pode comprometer sua efetivação. Nessas situações, a exigência da licitação deixa de ser instrumento de proteção e converte-se em entrave à consecução de outros valores igualmente importantes, tais como a continuidade dos serviços essenciais, a economicidade, a celeridade administrativa, contratações sustentáveis ou a obtenção de soluções técnicas especializadas.

Como dito, a licitação não deve ser concebida como um fim em si mesma, mas, sim, como instrumento voltado à realização do interesse público. Nesse sentido, quando, segundo juízo prévio e abstrato do legislador, a instauração do certame licitatório mostrar-se contraproducente à consecução desse objetivo, admite-se, com amparo normativo, a mitigação da regra geral da obrigatoriedade de licitar. Impor, nessa hipótese, a observância de um *procedimento licitatório formal e burocrático* e potencialmente inócuo equivaleria a subverter a própria razão de ser de uma licitação, conduzindo a Administração Pública à adoção de um procedimento administrativo que, em vez de promover o interesse público, terminaria por comprometer sua efetivação.

Pode-se afirmar, assim, que o interesse público encontra-se sob a tensão de vetores antagônicos: de um lado, princípios como a *isonomia*, a *impeccabilidade* e a *competitividade* que demandam a licitação; de outro, valores igualmente relevantes que, diante de circunstâncias excepcionais, justificam sua desnecessidade. A licitação será obrigatória sempre que a preservação da igualdade de condições entre os licitantes prevalecer; contudo, quando outros princípios se sobrepuserem em importância, como a *eficiência* e o *interesse público*, o próprio ordenamento prevê a contratação direta, por expressa valoração e ponderação legislativa.⁶

Deve-se ter o cuidado na utilização do equivocado mantra do “dever de licitar” como sendo algo quase que absoluto e de que toda a contratação direta (dispensa ou inexigibilidade) inspira dúvida e suspeição. A contratação direta deve ser vista de *forma natural*, homenageando a *deferência administrativa* e sem qualquer *pré-conceito*, até porque tem berço de validade na Constituição brasileira de 1988 (art. 37, *caput*, inc. XXI) e suas hipóteses foram submetida à recente

⁴ No mesmo sentido: DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. São Paulo, 2003. p. 34.

⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Lei de licitações públicas comentadas*. 16. ed. São Paulo: JusPodivm, 2025. p. 438.

⁶ No mesmo sentido: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2026. p. 140.

legitimidade democrática parlamentar, com o advento da Lei nº 14.133/2021 que, praticamente, reproduziu os enunciados normativos da revogada Lei nº 8.666/1993.

Não se tem dúvidas de que uma eventual seleção de um particular por meio de um processo de licitação pública se revelará muito mais legítima do que uma escolha realizada por contratação direta, por uma contratação emergencial⁷, p. ex., notadamente quando esta se revelar desnecessária ou decorrente de uma emergência fabricada; mas isso não implica concluir que toda e qualquer contratação efetuada mediante prévio procedimento licitatório será, aprioristicamente, mais legítima de uma contratação realizada diretamente, sem licitação.

Afirmar que licitação é *regra* e contratação direta *exceção* não é sinônimo de estabelecimento de uma “ordem de prevalência” de uma sobre outra; nem que o *certo*, o *normal*, o *comum* é licitar, e que *não licitar* é *anormal*, *incomum*, é *errado*. Isso acarreta uma *disfuncionalidade* no microssistema normativo da contratação pública em que o dever de licitar se *amplia* demasiadamente e, por consectário lógico, a contratação direta *reduz* consideravelmente.

As exceções à *regra* de licitar existem e devem ser utilizadas quando necessário. Deve-se combater o *pré-conceito* de que se valer da *exceção* é não fazer o que “deveria ter sido feito”, é fazer o “errado”, configurando uma irregularidade passível de responsabilização.

A concepção de que de que a *contratação direta deve ser evitada* não pode encontrar superfície fecunda, afinal, é o mesmo ordenamento jurídico que estabelece hipóteses em que o mais adequado para o interesse público é a utilização de um *procedimento licitatório formal e burocrático* e que em outras hipóteses o mais adequado será a contratação direta por meio de um *procedimento administrativo simplificado* já que não há pressupostos objetivos e bem delineados para o cabimento de um ou de outro, estando a cargo do agente público responsável, no exercício da sua competência na análise de cada caso concreto, exercer a discricionariedade administrativa motivadamente, já que tanto os procedimentos de licitação quanto os de contratação direta possuem o mesmo manancial normativo – a LLCA e a CRFB.

O “dever de licitar” não pode ser visto como algo absoluto e de que toda a contratação direta (dispensa ou inexigibilidade) inspira dúvida e suspeição. A contratação direta deve ser vista de *forma natural*, homenageando a *deferência administrativa* e sem qualquer *pré-conceito*.

Devemos afastar esse “estigma” da contratação direta, essa aura de desconfiança. As contratações sem licitação são necessárias por diversas razões (urgência, objeto específico, pessoa a ser contratada, custo-benefício etc.) e não utilizar, quando necessário, o respectivo permissivo constitucional e legal para a contratação direta é agir contra a *eficiência administrativa* e também contrariamente ao *interesse público*.⁸

2.1 A busca da eficiência: resultado prático da contratação direta

A fundamentação, interpretação e aplicação das normas atinentes ao direito administrativo — inclusive no que tange às hipóteses de contratação direta — devem estar alinhadas aos princípios que regem o direito administrativo como um todo, considerando as especificidades da função administrativa do Estado. Nessa perspectiva, destaca-se o que Binjenbojm⁹ denomina como um dos

⁷ Daí porque o Tribunal de Contas da União possui entendimento bastante conservador em relação à utilização dessa espécie de contratação entendendo que a contratação emergencial destina-se somente a contornar acontecimentos efetivamente imprevistos, que se situam fora da esfera de controle do administrador. (TCU. Plenário, Acórdão nº 1.796/2018, rel. Min. Augusto Nardes; TCU. 1ª Câmara, Acórdão nº 4.570/2014, rel. Min. José Múcio Monteiro).

⁸ PEDRA, Anderson Sant’Ana. Contratação direta e a devida instrução processual de acordo com a nova lei de licitações e contratos administrativos. In: PRUDENTE, Juliana Pereira Diniz; MEDEIROS, Fábio Andrade; COSTA, Ivanildo Silva da. (Coords.) *Nova lei de licitações sob a ótica da advocacia pública: reflexões temáticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 83.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, regulação, ordenação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 64: “Busca-se levar em conta os problemas concretos que assolam e desafiam a Administração Pública, mas sem descuidar dos direitos dos administrados, o que só é possível mediante interpretação consequencialista das normas de direito público, quando admitida por seu conteúdo semântico.”

principais influxos contemporâneos do direito administrativo: o denominado *giro pragmático*, que, inclusive, ganha positividade no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.655/2018 que alterou a LINDB positivando o *primado da realidade* (art. 22, *caput* e § 1º)¹⁰ e o *consequencialismo decisório* (art. 20, *caput*¹¹ e art. 21, *caput*¹²).

Trata-se da crescente valorização de uma racionalidade voltada a *resultados*, que impõe à Administração a adoção de soluções e decisões orientadas à concretização das consequências mais adequadas – a contratação mais eficiente, à luz das particularidades de cada caso concreto e do contexto em que se insere a atuação administrativa.

Esse *giro pragmático* revela especial importância nas hipóteses de contratação direta, onde a aferição da legalidade do ato administrativo não pode se limitar a juízos meramente formais ou abstratos, mas deve considerar os fins públicos envolvidos, a eficiência da escolha realizada e a razoabilidade das justificativas apresentadas.

Tanto na dispensa quanto na inexigibilidade de licitação, exige-se do gestor público não apenas a obediência aos pressupostos legais, mas também a demonstração de que a solução adotada foi, em termos práticos e institucionais, a mais apta à satisfação do interesse público.

Deve ainda as contratações diretas estarem em harmonia as *premissas* que inspiraram a construção da LLCA e seus respectivos *vetores* que dão *intensidade, sentido e direção* à LLCA que é imprescindível para uma interpretação sistemática adequada de seus enunciados normativos e institutos e para sua correta aplicação.

Analisando a LLCA e o contexto das críticas lançadas à Lei nº 8.666/1993 e das contratações efetivadas sob a sua égide, destacam-se os seguintes *vetores* na Lei nº 14.133/2021: *i)* o planejamento; *ii)* a busca da eficiência e da obtenção do resultado mais vantajoso; *iii)* a governança das contratações públicas; *iv)* a transparência; *v)* a aproximação entre Administração Pública e mercado; e *vi)* a segurança jurídica.

Embora tais *vetores* possuam autonomia conceitual, eles se inter-relacionam e operam de forma complementar. Sua identificação é particularmente relevante para a interpretação e aplicação das hipóteses de contratação direta, uma vez que a legitimidade da dispensa e da inexigibilidade de licitação não decorre apenas da presença dos pressupostos legais autorizadores, mas também da observância dos valores estruturantes que informam todo o regime jurídico instituído pela LLCA.

Nessa toada, o controle exercido pelos órgãos de controle também deve respeitar a racionalidade consequencialista e os objetivos (vetores) da contratação pública trazidos pela LLCA, evitando glosas ou invalidações desprovidas de uma análise contextualizada e proporcional da decisão administrativa, afinal, as hipóteses de contratação direta trazidas pelo legislador objetivam a busca de um resultado prático eficiente (satisfatório) para o interesse público.

Sendo assim, antes de qualquer glosa, deverá o órgão de controle ponderar se caso fosse realizada uma licitação o resultado prático teria sido atingido com a mesma eficiência e o que poderia ter sido sacrificado, parcial ou totalmente; a partir de um pragmatismo que desenvolva uma perspectiva mais realista e menos otimista das possibilidades que poderão advir das circunstâncias que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação da Administração.

¹⁰ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

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

¹¹ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

¹² “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.”

2.2 Deferência administrativa

O controle da administração pública brasileira expandiu-se significativamente no Brasil nos últimos anos trazendo consigo ganhos inegáveis em termos de contenção de ilegalidades e de arbitrariedades (comissivas e omissas), mas junto com esses avanços veio também o “excesso de controle” que atinge o exercício da função administrativa e, principalmente, seus resultados, trazendo ineficiência e insegurança jurídica para os agentes públicos e para o mercado privado.

Evidentemente, não há solução única para os “excessos no controle” das decisões discricionárias. No entanto, existem instrumentos capazes de mitigar eventuais usurpações de competência, dentre os quais se destaca o denominado *princípio da deferência administrativa*. Tal princípio estabelece que as decisões emanadas de autoridades investidas de competência específica, especialmente de natureza técnica, devem ser respeitadas pelos órgãos de controle e pelo Judiciário, ressalvadas, naturalmente, as hipóteses de manifesta ilegalidade, desproporcionalidade ou desvio de finalidade.

A *deferência administrativa* implica em se ter um respeito em relação à decisão do gestor, sobretudo quando ela foi tomada diante da discricionariedade existente no caso concreto, evitando-se que o controlador ou o magistrado subtraíam decisões legítimas e ponderadas por aquelas que sejam, subjetivamente, de sua preferência pessoal¹³, valendo-se de argumentos de invalidação que usurpem o juízo de conveniência e oportunidade exercido legitimamente pela Administração Pública, em consonância com a realidade fática então presente, isto é, considerados “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” (art. 22, *caput* da LINDB).

Desincentivo ao experimentalismo e à inovação, gestão administrativa balizada pelo controle, excesso de litígios com os órgãos de controle, medo de decidir e paralisia decisória vem sendo observados quando se tem “excesso de controle” e, principalmente, quando o controle não respeita o espaço decisório da Administração (discricionariedade administrativa).^{14,15}

Com efeito, toda e qualquer decisão de natureza política ou administrativa é adotada no contexto do enfrentamento de uma situação concreta e singular, a qual impõe à autoridade competente a consideração das circunstâncias fáticas, normativas e institucionais que a informam, ou seja, de acordo com “obstáculos e as dificuldades reais” de dada Administração – o que dialoga fortemente com as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB (art. 22, § 1º), e que teve como *ratio* uma necessidade de autocontenção (*self-restraint*) dos órgãos de controle com a inolvidável *deferência* às escolhas administrativas.

É crucial exercitar os mecanismos de *deferência* e de *autocontenção* e dosar o *consequencialismo* da atuação do controle. Deferência às escolhas públicas formuladas por órgãos e entidades legitimamente investidos de competência, bem como a adoção de um *consequencialismo* fundamentado em evidências, de modo a permitir a adequada consideração das implicações práticas das decisões proferidas pelos órgãos de controle.¹⁶ Nesse último caso, trata-se de adotar perspectiva

¹³ MOTTA, Fabricio; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no direito público*: lei nº 13.655/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 10. p. 123.

¹⁴ Com fundamento no *princípio da deferência administrativa* o TCU julgou improcedente representação (denúncia) que questionava exigência de duas certificações alegando que havia afetado a competitividade do certame. (TCU. Plenário, Acórdão nº 1.091/2025, rel. Min. Benjamin Zymler). Consta ainda do voto: “35. Dito isso, cabe considerar que, em princípio, as justificativas do [omissis] para a exigência de ambas as certificações foram exercidas dentro do poder discricionário do gestor. Vislumbro espaço, pois, para a aplicação do princípio da deferência administrativa, [...]”

¹⁵ Ao apreciar representação o TCE-RJ entendeu que a “possibilidade de aglutinação de itens de diversos ramos industriais ou comerciais não prejudica a competitividade do certame, cabendo *deferência* à opção da Administração, quando fundamente que a divisão do objeto em itens não se mostraria técnica e operacionalmente viável”. (TCE-RJ. Plenário, Acórdão nº 080892/2024, rel., Cons. Christiano Lacerda Ghuerrén).

¹⁶ TCU. Plenário, Acórdão nº 2.195/2018, rel. Min. Bruno Dantas. Registra-se ainda do STF: “5. Em se tratando de tema de complexa e controvertida natureza técnico-científica, cabe ao Poder Judiciário atuar com ainda maior deferência em relação às decisões de natureza técnica tomadas pelos órgãos públicos com maior capacidade

interessada nos fatos e também bem informada sobre a operação, propriedades e prováveis efeitos; até porque o controle não é gestor de políticas públicas e, nem sempre, terá à sua disposição informações suficientes que lhe permitam avaliar adequadamente todos os fatores que foram considerados nas “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação” do gestor.

Tem-se assim que o *princípio da deferência administrativa* impõe ao órgão de controle (Ministério Público e Tribunal de Contas) e ao Judiciário o dever de respeitar a escolha feita pelo gestor público entre as alternativas legalmente admissíveis e razoáveis. Trata-se de uma proposta de autocontenção do controle, que reconhece a legitimidade da opção discricionária adotada, ainda que existam outras soluções plausíveis.

Decisões administrativas proferidas por autoridades detentoras de competência específica – sobretudo de ordem técnica¹⁷ e com conhecimento sobre as “dificuldades reais” e as “exigências das políticas públicas” – precisam ser respeitadas pelos órgãos de controle (Tribunal de Contas e Ministério Público) e pelo Judiciário.

Nessa perspectiva, havendo dúvidas razoáveis, os órgãos de controle e o Judiciário devem presumir a legitimidade e a racionalidade das escolhas administrativas, sobretudo quando estiverem em jogo *conceitos jurídicos indeterminados* no exercício da *discricionariedade técnica*, tais como: proposta com resultado “mais vantajoso” (art. 11, *caput*, inc. I); “interesse público” (art. 18, *caput*, inc. I e § 1º, inc. I); “artista consagrado” (art. 74, inc. II); “notória especialização” (art. 74, inc. III); “urgência” (art. 75, inc. VIII); “interesse social” (art. 76); “mercado fluido” (art. 79, inc. III) dentre outros, utilizados como pressupostos fáticos para a subsunção às hipóteses legais de contratação direta, seja por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, nos termos da LLCA.

A *deferência administrativa* presta-se, então, de forma fecunda para a manutenção de uma harmonia entre o titular (órgão controlado) do exercício da função administrativa e os órgãos de controle, inclusive, para uma superfície fértil para o experimentalismo e para a inovação.

Nessa perspectiva os órgãos de controle e o Judiciário não podem impactar negativamente o experimentalismo e a inovação nas contratações diretas, notadamente em razão das possibilidades trazidas pela LLCA. Os órgãos de controle não podem dificultar o experimentalismo que é inerente à inovação!

Eventual atuação desmedida dos órgãos de controle pode servir como um desincentivo para a inventividade, a adoção de soluções heterodoxas e as tentativas criativas por parte da Administração, afinal, como mecanismo de autopreservação, a Administração, por meio de seus agentes públicos, tenderá a adotar as mesmas decisões e práticas que já receberam a aprovação dos órgãos de controle e não verá nenhuma razão para inovar.¹⁸

Superada essa questão, tem-se que todas as presunções militam a favor da validade de um ato (comissivo ou omissivo) administrativo. Assim, se a suposta ilegitimidade da decisão administrativa (comissiva ou omissiva), em geral, não estiver acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção da escolha, inclusive omissiva, já que a ilegitimidade não pode ser presumida, há de ficar plenamente provada. Entre duas interpretações possíveis, escolhe-se aquela que não nega a opção realizada pelo titular do exercício da *função administrativa*, garantindo-se, assim, aos agentes públicos (controlados) e à sociedade, a segurança jurídica necessária para as decisões administrativas.¹⁹

institucional para o tratamento e solução da questão. (...)” (STF. Pleno. ADI 6.148/DF, relª. Minª. Cármen Lúcia, j. 05.05.2022, DJe 14.09.2022).

¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. Direito do Estado, 12 mai. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/crescimento-economico-discricionariedade-e-o-principio-da-deferencia>. Acesso em: 23 mai. 2025.

¹⁸ JORDÃO, Eduardo. *Estudos antirromânticos sobre controle da administração pública*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 102.

¹⁹ PEDRA, Anderson Sant’Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 9-27, jul. 2020. p. 22-23.

De acordo com a autolimitação, que será abordada no tópico seguinte, um comportamento de qualquer titular de *função administrativa* só pode ser considerado ilegítimo se a violação for tão manifesta que não haja uma dúvida razoável.

Pela *deferência administrativa*, temos que o órgão de controle ou o Judiciário deve se ater às suas competências e não pretender, (in)diretamente, exercer as competências específicas do controlado (gestor), intrometendo-se na legítima discricionariedade administrativa decorrente da sua maior aptidão técnico-política, já que mais próximo “dos obstáculos e [d]as dificuldades reais”, das “exigências das políticas públicas a seu cargo” e das “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.²⁰

Pela concepção de *deferência administrativa* não se tem a intangibilidade da decisão controlada, mas um comportamento respeitoso, de autolimitação (autocontenção ou *self-restraint*), em face das ponderações e da escolha realizada pelo autor do ato controlado.

O *princípio da deferência* encontra seu fundamento no princípio da *especialização* e na *presunção de legitimidade* dos atos estatais.^{21 22}

A *deferência administrativa* deve ser compreendida como atributo de efeitos sobre a *função controladora*, determinando o dever: *i*) do órgão de controle de conhecer as condições (“dificuldades reais”) da opção administrativa que é objeto de análise; *ii*) de verificar se a escolha administrativa está sendo executada como formalmente enunciada – e, se não está, por quais motivos; e *iii*) de que eventual impugnação à opção administrativa se desenvolva a partir de uma relação dialética para com as razões oferecidas pela Administração para a eleição daquela específica “trilha de ação”.^{23 24}

Firmada a ideia central de *deferência administrativa*, deve-se compreender que a sua adoção não significa tolerância, anuência ou condescendência com práticas ilegais, fraudulentas, abusivas ou ímprobas, bem como não pode servir de alicerce para um comportamento omissivo dos órgãos de controle; na essência, a *deferência administrativa* impõe tão somente o devido respeito às decisões administrativas discricionárias tomadas por agentes públicos aos quais o ordenamento

²⁰ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB) com as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018).

²¹ Oriundo do direito americano no célebre caso *Chevron vs. NRDC*, a Suprema Corte americana, em 1984, decidiu pela deferência judicial em relação às interpretações conferidas pelas agências reguladoras às normas legais quando forem razoáveis e não contrariarem claramente a legislação. Não obstante a sua relevância, o precedente *Chevron* (“doutrina *Chevron*”) foi superado pela Suprema Corte, em 2024, no julgamento do caso *Loper Bright Enterprises et al. vs. Raimondo, Secretary of Commerce et al.*, abrindo caminho, nos EUA, para maior interferência do Poder Judiciário nas decisões das agências reguladoras. Conferir ainda: STF. Pleno, ADI nº 4.874/DF, relª. Minª. Rosa Weber, DJE 1º.02.2019.

²² O debate em torno das capacidades institucionais – e, por conseguinte, da definição do peso e do valor a serem atribuídos às deliberações emanadas desta ou daquela instância de poder, sobretudo em contextos de conflito – tem, como questão central, a própria alocação de poder entre as instituições envolvidas. Trata-se, a rigor, de temática que não é propriamente inédita, porquanto historicamente presente desde os primórdios da organização das coletividades políticas. Contudo, esse debate tem sido objeto de constantes revisitações, notadamente diante da superação do antigo esquema conceitual que atribuía à especialização funcional o critério exclusivo de solução para a repartição de competências institucionais (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, 101, nº 4, 2003. p. 885-951).

²³ Quando se impugna (contesta) uma decisão administrativa no exercício de sua discricionariedade, mediante a escolha entre distintas possibilidades de ação, a crítica há de ser formulada em termos dialéticos. Isso implica que a impugnação não pode assumir contornos vagos ou genéricos, devendo, ao revés, enfrentar de modo específico e direto os fundamentos invocados pela Administração para justificar a opção adotada e, principalmente, considerando, principalmente, “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (art. 22, *caput*, da LINDB).

²⁴ VALLE, Vanice R. Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S. l.], v. 25, n. 1, p. 110-132, 2020. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v25i11577. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1577>. Acesso em: 17 maio 2025.

jurídico atribuiu competência, ou seja, uma postura de respeito e reconhecimento da capacidade técnica e da norma legal, consagrando o princípio da separação de poderes.²⁵

Os órgãos de controle devem se conformar e reconhecer o seu papel secundário, embora relevante, em uma democracia, na construção e na execução de políticas públicas. Compete aos representantes eleitos pelo povo e aos seus técnicos subordinados a *primazia* dessas escolhas: o que eles fazem principalmente por meio de atos normativos, mas também por escolhas realizadas durante o processo de contratação, notadamente no Estudo Técnico Preliminar e no Termo de Referência, deve ser respeitado.

Os órgãos de controle devem controlar o *devido processo administrativo* e a *consistência dos motivos* apresentados para as decisões discricionárias, mas apenas poderá se imiscuir no mérito da decisão quando essa for *flagrantemente* abusiva, desproporcional, ilegítima, afastando de forma incontestada a presunção de legitimidade da escolha do controlado.

Desse modo, o exercício da função controladora só poderá ocorrer quando restar demonstrado de forma incontestada a ausência de opção legítima adotada pelo titular da função de administrar, de realizar as contratações públicas.

A legitimidade de exercício da função de controle não poderá jamais se converter em uma deslegitimação do controlado (Administração contratante), é dizer que a legitimidade dos órgãos de controle não suponha subvalorizar ou debilitar o processo de contratação pública e suas escolhas, que os processos administrativos não se convertam em algo permanentemente sob suspeita.

Devem os órgãos de controle respeitar o espaço de atuação da função administrativa nos processos de contratação, não podendo exercer sua competência de forma a reduzir o espaço de atuação dos agentes competentes para o exercício da função administrativa e normativa, sob pena de incorrer em uma usurpação ilegítima de competência e de negar a legitimidade democrática e técnica desses órgãos e agentes. Não se pode admitir os órgãos de controle como instância hegemônica e usurpadora da *função administrativa*. A *deferência administrativa* deve ser reconhecida como valor jurídico-político de um regime democrático com poderes separados e harmônicos, prestando-se como um elemento estrutural das relações institucionais entre os órgãos de controle e os órgãos e as entidades controladas.

Nessa autocontenção institucional e estrutural, o órgão de controle deve deixar de se intrometer na discricionariedade administrativa e respeitar as razões de decidir do controlado.

Por fim, os órgãos de controle devem assumir uma posição de maior deferência à legitimidade da decisão administrativa, restringindo-se a sua invalidação apenas às hipóteses de ilegalidade manifesta e incontestável, e diante *i*) da “incerteza”, deve-se dar deferência (primazia) à decisão administrativa; *ii*) de uma “zona de penumbra”²⁶ com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados,²⁷ deve-se respeitar o espaço de discricionariedade do gestor. São as chamadas

²⁵ “Num país que venera controladores e encoraja seus excessos, o fortalecimento da ideia de deferência é um alento. Bem utilizada, ela pode sofisticar o discurso de controle, reconhecer a incompletude do direito e propiciar importantes considerações institucionais. Mas é preciso cuidar para que, a exemplo do que aconteceu com o princípio da proporcionalidade, a deferência não seja importada para o direito brasileiro na sua expressão mais trivial e menos útil.” (JORDÃO, Eduardo. *Estudos antirromânticos sobre controle da administração pública*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 584).

²⁶ São as chamadas *lacunas de reconhecimento*, que são oriundas da *zona de incerteza*, do *problema da penumbra*, dos *conceitos plurissignificativos*, isto é, vagos, imprecisos, indeterminados ou fluidos, pois se originam não da completude ou incompletude do direito (lacunas jurídicas), mas, sim, de certas propriedades semânticas da linguagem. Destacam-se, aqui, a *zona de certeza positiva*, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa, e a *zona de certeza negativa*, em que seria certo que por ela não estaria obrigada. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 209).

²⁷ Nessa perspectiva, havendo dúvidas razoáveis, os órgãos de controle e o Judiciário devem presumir a legitimidade e a racionalidade das escolhas administrativas, sobretudo quando estiverem em jogo *conceitos jurídicos indeterminados* no exercício da *discricionariedade técnica*, tais como: proposta com resultado mais vantajoso (art. 11); “interesse público” (art. 18, *caput*, inc. I e §1º, inc. I); critério de julgamento da proposta (art. 33); “artista consagrado” (art. 74, II); “notória especialização” (art. 74, III); “urgência” (art. 75, VIII); “interesse social” (art. 76); “gravidade da infração” (art. 156), entre outros contidos na LLCA.

lacunas de reconhecimento, que são oriundas da *zona de incerteza*, do *problema da penumbra*, dos *conceitos plurissignificativos*, isto é, vagos, imprecisos, indeterminados ou fluidos, pois se originam não da completude ou incompletude do direito (lacunas jurídicas), mas, sim, de certas propriedades semânticas da linguagem.

2.3 Necessidade de autolimitação dos órgãos de controle

Antes de abordarmos a *autolimitação* (ou autocontenção) dos órgãos de controle, necessário fazer uma rápida incursão naquilo que seria o seu oposto – o *ativismo*.

A ideia de *ativismo* está associada a uma participação mais ampla e intensa dos órgãos de controle na concretização dos valores e fins contidos no ordenamento jurídico, com maior interferência no espaço de atuação discricionária do gestor público, notadamente nas suas escolhas de políticas públicas.

Esse comportamento (ativista) dos órgãos de controle pode ocasionar uma tensão entre a esfera política e a esfera jurídica, sendo necessária a *autolimitação* como mecanismo de minimizar essa tensão, evitando assim uma exacerbação do controle sobre as decisões discricionárias.²⁸

Essa concorrência entre o gestor público e os órgãos de controle se evidencia ainda mais pela abertura das *normas-princípios*. Contudo, pode-se afirmar, desde logo, que mesmo nos espaços sujeitos à atuação dos órgãos de controle, afigura-se recomendável uma postura de autolimitação, até porque uma atuação dos órgãos de controle excessivamente ativa não é compatível com o regime democrático.²⁹ O que justifica a *autolimitação* é a necessidade de adequação dos órgãos de controle ao *regime democrático*.³⁰

A crescente centralidade dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do Direito Administrativo tem produzido impactos significativos sobre o controle das decisões adotadas pela Administração Pública, especialmente no âmbito das contratações públicas. De um lado, a invocação de princípios como a legalidade, a moralidade e a proporcionalidade amplia os parâmetros de fiscalização à disposição dos órgãos de controle, permitindo uma análise mais abrangente da legitimidade dos atos administrativos. De outro, esses mesmos princípios, e outros

²⁸ PEDRA, Anderson Sant’Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 9-27, jul. 2020. p. 25.

²⁹ Interessante a observação crítica de Sundfeld sobre o “jurista cordial”, numa adaptação do “homem cordial” de Sérgio Buarque de Holanda na sua obra “Raízes do Brasil”: “Mas há nossa tradicional contradição: a chegada da democracia não parece ter feito a opinião comum valorizar o direito positivo mais do que no passado. Pela ótica racional, era de se esperar o aumento do prestígio das instituições: da legislação, agora vinda da representação popular, e também das políticas e procedimentos da nova administração pública, legitimada por eleições e por outros mecanismos de participação. Os administrativistas, hoje todos democratas, na democracia haveriam de, em uníssono, aumentar a militância institucionalista, se mesmo em épocas autoritárias já se vinculavam por definição à legalidade (afinal, submissão à lei é da lógica do próprio ramo jurídico), não é mesmo? Aconteceu o contrário. Como se explica isso? A ‘onda principiológica’ pusera uma série de princípios vagos e superficiais em hábeis mãos profissionais; dissera estar neles, e não nas instituições e nas quotidianas deliberações políticas das leis e atos das administrações, a verdadeira essência do direito administrativo; legitimara o jurista a tentar corrigir por si mesmo os defeitos todos que imaginasse haver nas organizações, nas leis e nas decisões administrativas – e também quantas injustiças ele visse no mundo. Pois justamente essas ideias dariam cobertura retórica para que sobrevivesse, mesmo com a novidade da democracia, a figura, tão brasileira e conhecida do ‘jurista cordial’, um ser mais de coração que de razão.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para + céticos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2025. p. 173).

³⁰ A título histórico e de modo panorâmico sobre o *judicial self-restraint* tem-se que após a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário estadunidense em 1803 (*Marbury v. Madison*), foi necessário desenvolver teorias para controlar a instância última da curadoria da Constituição, a fim de evitar que tal instância se tornasse hegemônica, sendo que as restrições também servem como mecanismo de proteção e de autopreservação do próprio órgão de controle, visando a sua não deslegitimação. As primeiras limitações que vieram a surgir foram instituídas, direta ou indiretamente, pelo próprio Judiciário norte-americano. (PEDRA, Anderson Sant’Ana. *Jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade: condições e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 362).

como o do interesse público e o da eficiência, são frequentemente utilizados pela Administração como fundamento para justificar escolhas realizadas no exercício de competências discricionárias, notadamente em situações que demandam a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse contexto, o aspecto mais relevante não parece consistir na ampliação ou na redução da intensidade do controle exercido sobre a atividade administrativa, mas na crescente complexidade decorrente da aplicação de parâmetros principiológicos abertos. A multiplicidade de interpretações possíveis pode gerar incertezas quanto aos limites da atuação legítima dos gestores públicos e quanto à extensão do controle a ser exercido pelos órgãos competentes.³¹ Tal cenário assume especial relevância nas hipóteses de contratação direta, em que a motivação administrativa desempenha papel central na demonstração da conformidade da escolha realizada com os pressupostos legais e constitucionais que autorizam o afastamento do dever de licitar. Por essa razão, a busca por maior segurança jurídica exige a construção de critérios interpretativos consistentes, capazes de conciliar a necessária autonomia decisória da Administração com a efetividade dos mecanismos de controle e a proteção do interesse público.

Nessa autolimitação que se espera dos órgãos de controle, devem estes procurar não se intrometer no mérito do ato administrativo e nas chamadas questões políticas (*political questions*), respeitando-os.

Fique claro que o acatamento dessas restrições não pode significar a existência de *atos administrativos* absolutamente imunes ao controle.

Deve o órgão de controle exercer de forma moderada seu importante papel constitucional, a fim de homenagear a *autolimitação* e permitir a atuação da *função administrativa* dos demais órgãos constitucionais de soberania, na mais perfeita *harmonia e independência*.

Há de se ter cautela para que não se tenha órgãos de controle apartados dos institutos clássicos inerentes à separação de poderes – independência e harmonia – sob pena de se ter o surgimento de atores institucionais que venham criar arestas na separação de poderes.

Deve-se repudiar essas patologias que podem gerar um “controle externo disfuncional” e, conseqüentemente, “com as disfuncionalidades resultantes dos excessos”³², principalmente, por órgãos não eleitos que passaram a ocupar grande protagonismo institucional à margem de um regime democrático.

Em suma, a atuação dos órgãos de controle é atividade a ser exercida com *autolimitação*, devido à *deferência* e ao respeito que se deve ter em relação aos demais órgãos e entidades titulares da competência e do exercício da *função administrativa*, compreendida dentro do seu papel secundário, não podendo pretender o órgão de controle “tomar a titularidade” da função administrativa, e sim saber atuar somente quando for estritamente necessário, em uma “virtude passiva”.³³

3 Contratação direta como procedimento administrativo simplificado

A análise quanto à *natureza jurídica* da contratação direta é essencial para o aprofundamento na temática.

Da leitura da LLCA, notadamente do seu art. 72, tem-se que a contratação direta somente ocorrerá mediante um conjunto concatenado de atos com a devida juntada de determinados documentos e informações; restando evidente que a contratação direta, cuida-se, na essência, de um *procedimento administrativo*, distinguindo-se de um *procedimento licitatório* em razão de sua complexidade.

³¹ Nesse sentido: JORDÃO, Eduardo. *Estudos antirromânticos sobre o controle da administração pública*. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 24.

³² SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 373.

³³ PEDRA, Anderson Sant’Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 9-27, jul. 2020. *passim*.

Em alguns casos o *procedimento licitatório formal e burocrático* trazido pela lei sacrificaria o interesse público, sendo o caso de se utilizar de uma das hipóteses de contratação direta elencadas pelo legislador (inexigibilidade ou dispensa) que se desenvolve por meio de um *procedimento administrativo simplificado*.

Contudo, deve-se ter como premissa que a contratação direta ao mesmo tempo que dispensa um *procedimento licitatório formal e burocrático*, afastando o princípio da obrigatoriedade de licitar, deve se legitimar a partir de um procedimento que faça homenagem a outros caros princípios da Administração Pública em razão do regime jurídico-administrativo ao qual é indissociável.

A realização da contratação direta não implica concluir que se está a prescindir de qualquer formalidade mínima para verificar a legitimidade da contratação e possibilitar um posterior controle. O *procedimento administrativo simplificado* deverá ser parametrizado pelos requisitos elencados no art. 72 a fim de justificar a contratação direta e também a escolha do contratado e seu preço, afastando-se a possibilidade de uma escolha estritamente subjetiva.

Justen Filho³⁴ entende que a contratação direta seria uma “modalidade anômala de licitação”, lembrando ainda o autor que o TCU já trilhou no mesmo sentido ao firmar que a contratação direta “é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta”³⁵ já que mesmo no *procedimento administrativo simplificado* da contratação direta tem-se uma série ordenada de atos com a observância de alguns documentos e informações imprescindíveis para a legitimação da contratação direta, tudo objetivando selecionar a proposta mais vantajosa e o colaborador mais adequado para o atingimento do interesse público.

A utilização de um *procedimento administrativo simplificado* nas contratações diretas é conduta que há muito se apresentava como uma sugestão de *boa prática administrativa* objetivando homenagear os princípios da impessoalidade, da economicidade, do interesse público e da motivação, mas sem o rito de um *procedimento licitatório formal e burocrático*, mas apenas o suficiente para garantir a melhor contratação e respeitando, na medida do possível, o mais amplo acesso dos potenciais interessados à contratação.

Tem-se então que o processo de contratação direta, em que pese dispensar a realização de procedimento licitatório formal e burocrático, exige a presença do trinômio: *i*) interesse público; *ii*) proposta mais vantajosa para a Administração; e, *iii*) inviabilidade de competição ou situação que justifique a hipótese de dispensa de licitação.

3.1 Requisitos necessários para a devida instrução para a contratação direta

É fundamental para a instrução processual da contratação direta o estabelecimento de algumas premissas e parâmetros objetivos conforme se observa no art. 72, sendo necessário justificar seus atos nas circunstâncias concretas, explicitando objetiva e fartamente os motivos fáticos, técnicos e jurídicos de decidir, escorando suas decisões e determinações, sempre que possível, em critérios precisos, em linha de coerência com os limites legais e a excepcionalidade da situação.

O art. 72 elenca quais são os requisitos necessários para a devida instrução processual percebendo-se um rol de *documentos* e de *informações* que serão imprescindíveis para a demonstração de uma contratação direta legítima.

A relação dos documentos e informações exigidos para a regular instrução é categórica.³⁶ Coube ao próprio texto normativo (inc. I e III do art. 72) utilizar da expressão “se for o caso” a fim de flexibilizar o modal deôntico inaugurado pelo *caput* do dispositivo.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2025. p. 1008.

³⁵ TCU. Plenário, Acórdão nº 100/2003, rel. Min. Marcos Bemquerer.

³⁶ FERNANDES, Ana Luiza Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 11. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 70.

3.2 A importância da motivação

Por *motivação* (fundamentação) deve-se entender a exposição dos *motivos* (de *fato* e de *direito*) que conduziram o administrador para a prática do ato administrativo. A *motivação* (fundamentação) irá justificar, ou não, o ato administrativo praticado.

Já os *motivos* são considerados como os *pressupostos de direito* e de *fato* que servem de fundamento (justificativa) para a prática do ato administrativo.

Pressuposto de fato são os acontecimentos, a realidade, as circunstâncias fáticas que conduziram a Administração a prática do ato administrativo.

Pressuposto de direito é o fato descrito na norma (hipótese normativa) e que serve de fundamento normativo (base legal) para a prática do ato administrativo.

A juntada no processo de contratação direta dos pareceres *técnicos* e *jurídico* presta para cumprir o *princípio da motivação*, sendo que esses pareceres serão considerados na confecção do Estudo Técnico Preliminar (ETP).

Ao decidir pela contratação direta a autoridade competente não precisa colacionar no ato decisório todos os fundamentos fáticos, técnicos e jurídicos que o conduziram, não havendo necessidade de que a motivação (exposição dos motivos) esteja no próprio ato.

É lícito e comum que o agente público competente ao decidir pela contratação direta utilize de motivação (fundamentação) trazida por alguma análise técnica ou jurídica antecedente (parecer ou ETP) – é a chamada *motivação aliunde* (*não contextual, alhures* ou *per relationem*). Nesse caso, deverá a autoridade competente que decidir pela contratação direta fazer a devida remissão às páginas (e/ou processo) em que se encontra a motivação (a justificativa) que a conduziu para a decisão.

A *exposição dos motivos de decidir* é imprescindível para o exercício do controle da Administração Pública, afinal é somente a partir da análise dos motivos que ensejaram a contratação direta é que se poderá chegar à conclusão de que a decisão está, ou não, em harmonia com o ordenamento jurídico; se ocorreu, ou não, uma legítima contratação direta.³⁷

A *motivação* é importante e indispensável mecanismo de controle da atividade administrativa. Sem motivação resta impossível o exercício do controle da contratação direta: “boas decisões são aquelas decisões para as quais boas razões podem ser dadas” (Bentham) de forma clara e congruente,³⁸ considerando as circunstâncias que o ato foi praticado, os critérios técnicos inerentes e o interesse público.

Da mesma forma que se espera uma *deferência administrativa* pelos órgãos de controle, deve a Administração Pública ter *deferência* (respeito) pelos órgãos de controle e, principalmente, pela sociedade, fundamentando seus atos.

Para que a contratação direta ocorra legitimamente é necessário que haja uma correspondência entre o *motivo de fato* e o *motivo de direito* que ensejaram a contratação, e caso esses *motivos* sejam inexistentes ou falsos, a contratação estará viciada.

Com os motivos de fato e de direito deve a Administração verificar a correta subsunção da situação instalada à hipótese de contratação direta apontando de forma específica o fundamento (enquadramento) legal de que a contratação correta está ocorrendo: *caput* ou o inciso específico do art. 74, ou inciso específico do art. 75.

Aprioristicamente não seria admitido um duplo enquadramento legal, devendo em razão da regra hermenêutica da especialização hipótese de contratação direta recair sobre a enunciado normativo mais adequado (específico) para o caso concreto.

³⁷ PEDRA, Anderson Sant’Ana. Comentários aos arts. 1º ao 5º. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. (Coords.) *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: lei nº 14.133/2021*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2025. v. I. p. 131-132.

³⁸“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] V - decidam recursos administrativos; [...] §1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”. (Lei nº 9.784/1999).

Nessa linha, a hipótese de inexigibilidade, em razão da inviabilidade de competição, sempre prevalecerá sobre a hipótese de dispensa de licitação.

Contudo, em razão dos múltiplos entendimentos, principalmente em razão das hipóteses de inexigibilidade em que os órgãos de controle, em alguns casos, têm uma interpretação muito rígida e estreita sobre as possibilidades trazidas pela lei, admite-se que a Administração fundamente a contratação direta, p. ex., com fundamento numa hipótese de inexigibilidade mas, subsidiariamente, apresente também uma motivação que permita uma contratação por dispensa de licitação (pequeno valor ou emergência, p. ex.).

Em homenagem ao princípio da *impessoalidade* (art. 37, *caput* da CRFB) deverá a Administração demonstrar nos autos as razões que conduziram a contratação de determinada pessoa (física ou jurídica) (art. 72, inc. VI da LLCA).

Como se sabe, o agir da Administração deve ser impessoal (ou *imparcial*), sendo uma faceta do direito fundamental à igualdade (formal e material), previsto no art. 5º, *caput* da CRFB.

A partir do viés da derivação do direito fundamental à igualdade, o princípio da impessoalidade impõe que a Administração Pública dispense tratamento isonômico de oportunidades a todos, sem privilégios e direcionamentos espúrios.³⁹

4 Considerações finais

A contratação direta não constitui um fenômeno marginal ao sistema de contratações públicas, tampouco representa uma anomalia jurídica a ser tolerada apenas em situações extremas. Ao contrário, tanto a obrigatoriedade de licitar quanto as hipóteses de dispensa e inexigibilidade possuem fundamento no mesmo manancial normativo: o art. 37, *caput*, inc. XXI, da Constituição brasileira de 1988 e a disciplina conferida pela Lei nº 14.133/2021. Trata-se, portanto, de institutos que compartilham idêntica legitimidade normativa (constitucional e legal), diferenciando-se apenas em razão dos pressupostos fáticos e jurídicos que autorizam sua utilização.

Afirmar que a licitação constitui regra e que a contratação direta configura exceção não significa estabelecer uma relação de superioridade axiológica entre os institutos, nem autoriza a construção de presunções desfavoráveis às contratações sem licitação. A legalidade administrativa não decorre exclusivamente da realização do procedimento licitatório, mas da correta aplicação do regime jurídico instituído pelo ordenamento. Assim como é ilegal contratar diretamente quando ausentes os pressupostos legais autorizadores, também será ilegítima a instauração de licitação quando o caso concreto exigir, legitimamente, a utilização de uma das hipóteses de contratação direta previstas na LLCA.

A LLCA procurou enfrentar esse cenário ao estruturar, no art. 72, um verdadeiro devido processo legal administrativo para as contratações diretas. A exigência de adequada instrução processual, planejamento, motivação, justificativa da escolha do contratado, demonstração da compatibilidade dos preços praticados com os valores de mercado e formalização dos pressupostos legais da contratação direta revela que a legitimidade da decisão administrativa não decorre da simples invocação de uma hipótese legal de dispensa ou inexigibilidade, mas da demonstração objetiva, documentada e controlável das razões que justificam a não realização da licitação.

Uma vez observadas as exigências procedimentais estabelecidas pela LLCA, especialmente aquelas previstas no art. 72, impõe-se aos órgãos de controle uma postura de *deferência* institucional em relação às escolhas administrativas legitimamente realizadas. A atividade de controle não pode partir da premissa de que toda contratação direta encerra uma suspeita de irregularidade nem converter-se em mecanismo de substituição do juízo administrativo por preferências interpretativas do controlador.

A *deferência administrativa* e a *autocontenção institucional* mostram-se particularmente relevantes diante da frequente incidência, nas hipóteses de contratação direta, de conceitos jurídicos indeterminados, avaliações técnicas e juízos discricionários expressamente confiados pela

³⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 70.

legislação à Administração Pública. Nesses espaços decisórios, o controle deve concentrar-se na verificação da consistência da motivação, da observância do procedimento legalmente previsto e da racionalidade da decisão adotada, abstendo-se de substituir escolhas administrativamente legítimas por outras que lhe pareçam subjetivamente mais adequadas.

Por essa razão, eventual censura ou invalidação da contratação direta somente se justifica quando a irregularidade se revelar objetiva, manifesta e suficientemente demonstrada. A dúvida razoável não pode militar contra a Administração Pública. Ao contrário, diante da observância do devido processo administrativo de contratação direta, da adequada motivação e da existência de fundamentos juridicamente defensáveis para a decisão adotada, deve prevalecer a presunção de legitimidade dos atos administrativos e o respeito ao espaço decisório conferido pelo ordenamento ao gestor público (deferência administrativa).

Em última análise, a maturidade do sistema de contratações públicas exige o abandono definitivo da cultura de suspeição que historicamente acompanhou as contratações diretas. A legítima aplicabilidade e efetividade da LLCA pressupõe o reconhecimento de que licitação e contratação direta são instrumentos igualmente legítimos de realização do interesse público, cabendo à Administração, em cada caso concreto, identificar a solução juridicamente adequada e aos órgãos de controle assegurar que essa escolha tenha sido construída dentro dos parâmetros normativos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, sem usurpar o espaço decisório legitimamente conferido à Administração Pública.