



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCESSO PGE Nº: 2024.1.01.00000064

PROCESSO EXTERNO Nº: 019.16157.2023.0215605-73

ORIGEM: Secretaria da Saúde

INTERESSADO(A): 'SESAB - Secretaria da Saúde'

DESPACHO DE QUALIFICAÇÃO Nº PA-004-2024

Acolho, na íntegra, o bem lançado Parecer nº PA-NSESAB-002-2024, da lavra do i. Procurador Assistente Adriano Ferreira, que após opinar favoravelmente quanto a possibilidade de rescisão unilateral do Contrato nº 039/2019, prestou as devidas orientações sobre as contratações remanescentes.

Com efeito, tratando-se de contratação de remanescente derivada de procedimento licitatório deflagrado com fulcro na lei anterior, impõe-se a ultratividade da norma revogada, devendo o instrumento ser firmado com base na legislação de regência do certame, desde que o novo contrato, tal como o anterior, observe a ordem de classificação da licitação e *“as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido”*.

Registro, igualmente, que, no exame de cada situação em concreto, além de ser condição imprescindível a prévia rescisão do contrato anterior, caberá ao setor técnico o cumprimento das exigências e formalidades materializadas no citado pronunciamento.

À luz de tais considerações e dos fundamentos materializados no Parecer citado, **confiro**, nos termos do art. 88, IV, alínea “r”, do Decreto estadual nº 11.738/2009 c/c art. 9º, I do Decreto estadual nº 11.737/2009, **caráter uniforme** a seguinte orientação:

“Mesmo após a revogação da norma de regência (Lei nº 8.666/1993 ou Lei estadual nº 9.433/2005), havendo rescisão de contrato administrativo que



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

tenha sido nela fundamentado, será admitida a celebração de contrato de remanescente de obra, serviço ou fornecimento por dispensa de licitação, com base na própria norma, desde que sejam atendidos todos demais requisitos legais aplicáveis a essa espécie de contratação.”

À Coordenação Executiva, para as medidas de praxe, dando-se ciência ao Exma. Sra. Procuradora Geral do Estado.

À SESAB, para conhecimento e adoção das medidas pertinentes.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, 16 DE JANEIRO DE 2024

**Eliane Andrade Figueiredo
Procuradora Chefe**



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCESSO PGE Nº: 2024.1.01.00000064

PROCESSO EXTERNO Nº: 019.16157.2023.0215605-73

ORIGEM: Secretaria da Saúde

INTERESSADO(A): 'SESAB - Secretaria da Saúde'

PARECER Nº PA-NSESAB-002-2024

RESCISÃO **CONTRATUAL.**
RESCISÃO **UNILATERAL.**
CONSULTA. SERVIÇOS
TERCEIRIZADOS. Descumprimento
contratual. Pagamento direto aos
empregados vinculados ao contrato.
Viabilidade de instauração de
procedimento para rescisão unilateral do
ajuste. Possibilidade de contratação de
remanescente. Uniformização de
entendimento em relação à contratação
remanescente na vigência da nova Lei de
licitações e Contratações. Considerações.

Vêm os autos a esta PGE com a consulta constante do Despacho (00080790398),
nos seguintes termos:

*“Versa o presente expediente acerca das inconformidades realizadas pela empresa **PRIME SERVIÇOS E EMPREENDIMENTOS EIRELI**, vinculado ao pregão eletrônico n.º 110/2019, que tem como objeto o serviço de Portaria, para assistência à saúde da Secretaria da Saúde do Estado da Bahia - SESAB, localizadas em Salvador e Região Metropolitana, com vigência de 12 (doze) meses, entre os dias 29/10/2023 até 28/10/2024, conforme evento SEI n.º [00081952516](#).*

Inicialmente, urge ressaltar, que nos últimos meses da execução do contrato (abril a dezembro), a empresa em tela descumpriu com as obrigações principais dos contratos epígrafados, uma vez que atrasou o adimplemento dos salários, conforme período relatado.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Ressalta-se que, dentre os descumprimentos contratuais praticados pela prestadora estão, o não fornecimento de fardamento padrão aos seus funcionários vinculados ao ajuste, bem como problemas no atendimento do plano de saúde e odontológico fornecido pela empresa, conforme expõe as notificações acostadas ao evento n.º [00081243549](#).

Imperioso destacar, que a empresa também vem sendo notificada em relação ao pagamento/depósito do FGTS, conforme denota-se no evento n.º [00081243549](#), uma vez que as unidades abarcadas no contrato supramencionado realizam apontamentos sobre o não adimplemento do benefício.

*Assim, mais uma vez, oportunizou-se que a contratada regularizasse o grave descumprimento contratual, de forma imediata, conforme notificação endereçadas pela PRIME ([00081243742](#)), inclusive, indicando a utilização do seu crédito, para o adimplemento dos salários, de forma direta por esta SESAB. Deste modo, em maio de 2023 esta Secretaria realizou o pagamento direto aos colaboradores vinculados ao contrato n.º 039/2019 como está prevista na minuta do ajuste pactuado, em sua cláusula 14, §3º, a possibilidade de pagamento direto feito pela contratante aos colaboradores da contratada, utilizando, para tanto, o valor devido por esta SESAB à Contratada, do salário, e ainda incidindo na hipótese do item 33, Capítulo VI da Instrução Normativa SAEB n.º 014/2014, alterada pela Instrução Normativa SAEB 015/2015 (evento n.º [00081247093](#)), haja vista se o atraso dos salários dos seus colaboradores passar de 72 horas a contar do 5º dia útil, a fim de evitar paralisação das atividades laborais, do que decorreria caos nas unidades de saúde, não restou outra alternativa a Administração Pública, **senão efetuar o pagamento direto aos colaboradores.***

Nesta senda, questiona-se:

1. Conforme exposto acima, tendo a referida empresa atrasado os salários por meses consecutivos, bem como as queixas sobre o depósito do FGTS, plano de saúde e odontológico gerando total instabilidade na rede hospitalar, deverá a SESAB realizar as tratativas para realização da rescisão unilateral do contrato, convocando a próxima colocada do pregão n.º 110/2019?
(Grifos do original e adotados)

É o que basta relatar. Ao mérito.

I – QUESTÃO PRELIMINAR

De pório, cumpre destacar que o presente opinativo limitar-se-á a enfrentar os questionamentos apresentados pela sempre diligente e cuidadosa Equipe da Diretoria Geralda



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

SESAB/Coordenação de Gestão de Contratos, **no caso concreto**, não abarcando, portanto, o exame da legalidade do processo que resultou na celebração do contrato administrativo em questão – 039/2019 (SEI 00081243141), que certamente foi objeto de manifestação específica desta PGE ou seguiu as orientações de precedente uniformizador que autorizava a dispensa de oitiva do órgão de consultoria Jurídica.

II – MÉRITO

Feito esse necessário esclarecimento, passamos, sem mais delongas, a examinar a matéria.

2.1. RESCISÃO UNILATERAL.

Os ii. Consultentes informam que a empresa PRIME SERVIÇOS E EMPREENDIMENTOS EIRELI tem descumprido obrigações principais do contrato mantido com a SESAB (039/2019), a exemplo de recorrentes atrasos de salários dos colaboradores.

O não cumprimento de cláusulas contratuais constitui motivo para “rescisão” contratual, com fulcro no art. 166, combinado com o inciso III do art. 167, ambos da Lei estadual nº 9.433/05, que rege o ajuste, podendo a Administração Pública proceder à rescisão administrativa do contrato, por ato unilateral, com base no inciso I do art. 168 do referido diploma legal, sem prejuízo de adoção de outras medidas, como apuração de possíveis ilícitos passíveis de ensejar aplicação de sanções legais, execução da garantia contratual e retenção de créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração, com fulcro nos incisos III e IV do art. 169 da espécie normativa citada.

“Art. 166 - A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.”

Dentre os motivos enumerados no art. 167 da retrocitada lei estadual como ensejadores da rescisão do pacto encontra-se previsto no inciso III a *falta de cumprimento ou cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos*.

Veja-se: o não cumprimento, por parte da contratada, tanto de cláusulas contratuais, como de determinações legais caracteriza **inadimplemento contratual**.

Nessa hipótese considerada, pois, está autorizada a Administração Pública a proceder à rescisão administrativa do contrato, por ato unilateral e escrito, com base no



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

inciso VI do art. 167 c/c inciso I do art. 168 do referido diploma legal, acarretando as consequências previstas no art. 169 da Lei nº 9.433/05.

No processo de rescisão, todavia, deverá ser garantido à contratada o direito ao contraditório e à ampla defesa.

A cláusula Décima Terceira do ajuste em análise (00081243141) prescreve que *a inexecução, total ou parcial, do contrato ensejará a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas na Lei Estadual Lei nº 9.433/05.*

Dito isso, e considerando a relatada verificação de descumprimento de obrigações contratuais, **mostra-se possível, sim, a instauração de processo para rescisão unilateral do contrato administrativo, que, por óbvio, deverá observar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como pontuado linhas acima.**

Respondida a primeira parte do quesito formulado, avançamos.

**2.2. CONTRATAÇÃO DO REMANESCENTE. A
ULTRATIVIDADE DO REGIME LEGAL DE REGÊNCIA DO
CERTAME QUE ORIGINOU O AJUSTE EXTINTO.**

Uma das hipóteses de dispensa de licitação que estava expressamente prevista no estatuto licitatório baiano recentemente revogado, art. 59, inciso X, tratava da possibilidade de contratação direta de remanescente de obra, serviço ou fornecimento. Vejamos:

“Art. 59 - É dispensável a licitação:

(...)

*X - na contratação de **remanescente** de obra, **serviço** ou fornecimento, **em consequência de rescisão contratual**, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e **aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço**, devidamente corrigido.” (grifamos)*

Este dispositivo, que tem redação idêntica à do também revogado estatuto federal (art. 24, XI, da Lei 8.666/1993), possibilitava o aproveitamento da licitação anteriormente realizada, na medida em que viabiliza o chamamento dos licitantes por **ordem de classificação**, para celebrar o contrato cujo objeto não foi totalmente executado pelo primeiro contratado, condicionada a celebração à aquiescência, pelo convocado, das condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive o preço.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

É imperioso destacar que, conforme ensina Marçal Justen Filho, “*rigorosamente, não se caracteriza contratação direta. Houve uma licitação, de que derivarão duas (ou mais) contratações. A primeira foi abortada pela rescisão. A segunda faz-se nos termos do resultado obtido na licitação*”. Devia, portanto, a nova contratação realizar-se como uma continuação da anterior, a partir do estado em que foi rompida.

Acontece que a Lei de regência do contrato a ser rescindido – Lei 9.433/2005 - não está mais vigente, e a *novel* Lei Geral de Licitações – Lei nº 14.133/2021 -, não trata a contratação do remanescente de obra, serviço ou fornecimento como hipótese de dispensa de licitação; o novo estatuto admite, no art. 90, §7º, um procedimento que, em verdade, corresponde à reabertura do certame que originou o contrato a ser rescindido.

Ou seja, à luz da Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC, na hipótese fática enfrentada pela Administração, seria cabível, em tese, a negociação com os demais participantes da licitação, a fim de viabilizar a celebração de contrato remanescente.

A situação fática posta pela Administração impõe, sem reboço de dúvida, a contratação do remanescente, porém, diante da transição normativa, resta verificar qual o regime jurídico aplicável, pois, a toda evidência, tratam-se de procedimento distintos.

Pois bem. Examinando o texto da Lei 14.133/2021, não identificamos regramento de transição aplicável à situação em foco, razão pela qual, pensamos que a omissão deve ser suprida por meio da interpretação da norma.

Vejamos como a NLLC trata a matéria:

TÍTULO III

DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO I

DA FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

*§ 1º **Todo contrato deverá mencionar** os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a*



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

§ 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

Art. 90. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, por igual período, mediante solicitação da parte durante seu transcurso, devidamente justificada, e desde que o motivo apresentado seja aceito pela Administração.

§ 2º Será facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor.

§ 3º Decorrido o prazo de validade da proposta indicado no edital sem convocação para a contratação, ficarão os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

§ 4º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do § 2º deste artigo, a Administração, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, poderá:

I - convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário;



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

II - adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição.

§ 5º A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e o sujeitará às penalidades legalmente estabelecidas e à imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante.

§ 6º A regra do § 5º não se aplicará aos licitantes remanescentes convocados na forma do inciso I do § 4º deste artigo.

§ 7º Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.” (g.n.)

A partir da leitura dos trechos acima destacados, é possível observar que a contratação remanescente, apesar do tratamento distinto dado pelo Legislador, continua presente no ordenamento jurídico, servindo, em verdade, como medida para evitar o comprometimento na prestação do serviço público e eventuais prejuízos decorrentes da rescisão.

Dito isso, e considerando que a NLLC impõe que a contratação remanescente deve observar as condições e termos estabelecidos no edital, pensamos, salvo superior juízo, que a hipótese em questão impõe a ultratividade do regime licitatório revogado, assim como já ocorre em relação aos instrumentos assinados antes da entrada em vigor da Lei nova, que continuam a ser regidos de acordo com as regras da legislação revogada, conforme previsão do art. 190, da Lei 14.133/2021, bem como nas hipóteses de opção do Gestor pela utilização da norma revogada, durante o período de transição trazido no novo estatuto.

Esse, aliás, foi o entendimento encampado pela Advocacia Geral da União – AGU, na Orientação Normativa nº 79, de 29 de dezembro de 2023. Vejamos:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 79, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2023



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 e considerando o que consta do Processo nº 00688.000717/2019-98, resolve expedir, nesta data, a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

Enunciado: **Mesmo após a revogação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, havendo rescisão de contrato administrativo que tenha sido nela fundamentado, será admitida a celebração de contrato de remanescente de obra, serviço ou fornecimento com base em seu art. 24, inciso XI, desde que sejam atendidos todos demais requisitos legais aplicáveis a essa espécie de contratação.** Referência Legislativa: Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, Arts. 4º e 6º do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, Art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666, de 1993 e Art. 191 da Lei nº 14.133, de 2021.

Fonte: PARECER Nº 00017/2023/CNLCA/CGU/AGU.

Pedimos licença, aqui, para transcrever alguns trechos do PARECER Nº 00017/2023/CNLCA/CGU/AGU, que fundamentou a edição da citada Orientação Normativa, onde podemos verificar o caminho interpretativo percorrido:

[...]

II.2 - DEMONSTRAÇÃO DA PERTINÊNCIA DE PROMOVER INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA NA SITUAÇÃO APRESENTADA

27. Conforme já tratado neste parecer, desde que mantida a atual redação da NLLCA, a revogação da Lei nº 8.666, 1993, ocorrerá em 30 de dezembro de 2023.

28. Os arts. 190 e 191 da Lei nº 14.133, de 2021, disciplinam os critérios para aplicação das leis (nova e antiga) tanto em relação a contratos firmados antes da vigência da NLLCA como a licitações e contratações promovidas no período de transição legal (convivência normativa da lei anterior e lei nova).

29. A nova lei disciplinou a aplicação dos regimes novo e anterior com base nas seguintes balizas:



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

- 1. Contratos assinados antes da entrada em vigor da nova lei seguem regidos pelas regras da lei anterior;*
 - 2. Licitações e contratações realizadas no período de convivência normativa serão regidas com base na opção de licitar ou contratar indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta; e*
 - 3. Após a revogação da Lei nº 8.666, de 1993, as licitações e contratações serão regidas pela Lei nº 14.133, de 2021.*
- 30. Portanto, nenhuma dúvida haverá em relação às situações que acabarem por se amoldar perfeitamente às regras estabelecidas nos arts. 190 e 191 da NLLCA.*
- 31. Ocorre que a literalidade dos permissivos legais descritos acima não contempla, ao menos de forma expressa, a possibilidade de contratação de remanescente na específica situação tratada neste parecer. Isso porque, na hipótese apresentada:*
- Supostamente não seria possível aplicar a lei anterior porque, na data da rescisão e da contratação do remanescente, a Lei nº 8.666, de 1993, já estará revogada; e*
 - Não seria possível aplicar a Lei nº 14.133, de 2021, porque*
 - (i) as regras da contratação terão sido idealizadas à luz do regime anterior, já revogado, (ii) a nova lei promoveu alteração em algumas características jurídicas da contratação de remanescente e (iii) celebrar um novo contrato pela nova lei, com dever de observância às regras idealizadas sob a regência de legislação anterior, implicaria em combinação dessas leis, o que é expressamente vedado pela parte final do art. 191 da NLLCA.*
- 32. Está claro, portanto, que embora o legislador tenha buscado alcançar todas as contratações administrativas possíveis, com vistas a definir qual lei incidirá em concreto, a leitura seca da lei não contempla a situação aqui examinada. Portanto, em tese, a situação apresentada autoriza o intérprete a adotar alternativamente um dos caminhos abaixo descritos:*



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

- *Compreender que a Lei nº 14.133, de 2021, veicula silêncio eloquente sobre o tema, de modo que, especificamente em relação à questão debatida, teria o legislador buscado inviabilizar a aplicação tanto da lei anterior como da lei nova; ou*
- *Compreender que a questão jurídica apresentada revela ter o legislador dito menos do que pretendia exprimir, de forma não intencional, impondo-se ao aplicador do direito interpretar extensivamente a norma jurídica para solucionar o impasse.*

a. Tese do silêncio normativo

36. *De acordo com clássica lição de Carlos Maximiliano, a função interpretativa é de amplo alcance, podendo levar em consideração até mesmo o silêncio como elemento informativo dessa tarefa. Nesse sentido, referido autor esclarece:*

[...]

38. *As opções feitas pelo legislador nos arts. 190 e 191 da NLLCA indicam que o silêncio legislativo sobre esse ponto não foi intencional. A forma como redigido o texto da lei deixa clara a intenção legislativa de alcançar todas as licitações e contratações administrativas aptas a serem impactadas pela transição legal, a fim de se poder extrair qual o regime legal a elas aplicável. Tanto é assim que foi instituída a opção por licitar ou contratar pelo regime anterior em relação a diversas circunstâncias, cuja variedade indica o objetivo de esgotar as circunstâncias faticamente possíveis, como se observa das hipóteses a seguir colacionadas: (i) contratações já realizadas, (ii) novas contratações, (iii) editais já publicados, (iv) editais a publicar e (v) contratações diretas em geral. Ou seja, uma leitura desavisada poderia sugerir que todas as situações possíveis foram efetivamente contempladas pelas regras definidoras do regime jurídico a ser aplicado.*

39. *Entretanto, como se sabe, o mundo dos fatos, com a riqueza que lhe é peculiar, pode apresentar realidades e nuances que avançam para além das hipóteses imaginadas pelo legislador.*



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

40. É justamente o que ocorre na situação retratada neste parecer, em que a licitação e contratação originais terão sido processadas pelo regime anterior, ao passo que a rescisão contratual e eventual contratação de remanescente terão lugar após a revogação da Lei nº 8.666, de 1993, ou seja, em período de vigência exclusiva da nova lei.

41. Embora essa hipótese não tenha literal previsão nas regras dos arts. 190 a 194 Lei nº 14.133, de 2021, é preciso compreender que o alto nível de especificidade para sua ocorrência sugere ter o legislador passado de forma despercebida pelo tema, o que bastaria para justificar o aparente silêncio legal quanto a essa peculiar situação.

[...]

44. Para confirmar essa percepção, três fundamentos adicionais afiguram-se pertinentes à análise ora desenvolvida: a) a aplicação do princípio da continuidade do serviço público; b) do caráter meramente subsidiário da utilização de contratação emergencial; e, por fim, c) a presença ininterrupta do instituto da contratação de remanescente no ordenamento jurídico brasileiro ao longo das últimas décadas.

45. É o que se passa a examinar a partir do presente momento.

b. Dos riscos à continuidade do serviço público

46. Como visto, a forma como redigida a regra de transição legal indica que seja afastada a interpretação segundo a qual teria havido silêncio intencional do legislador acerca da hipótese aqui debatida.

47. Mas não é só. Como afirmado, outros elementos extraídos do ordenamento jurídico parecem reforçar a pertinência da compreensão de que o legislador acabou dizendo menos do que pretendia exprimir.

48. Nesse sentido, o entendimento segundo o qual o silêncio legal teria sido intencional e planejado para inviabilizar a contratação de remanescente implicaria riscos à própria continuidade do serviço público, a qual foi erigida como princípio elementar do



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

direito administrativo e cujo conteúdo estabelece que a atividade pública deve se operar sem interrupções.

[...]

51. Está claro, portanto, que o risco de interrupção da atividade administrativa inviabiliza a tese segundo a qual o legislador teria voluntariamente se omitido acerca do tema tratado neste parecer. Desse modo, também sob a perspectiva do princípio da continuidade do serviço público, tal interpretação (silêncio intencional do legislador) não merece prosperar.

c. Do caráter meramente subsidiário da utilização de contratação emergencial

52. Avançando um pouco mais na análise dos impactos da interpretação que pugna pela ocorrência de silêncio eloquente do legislador, convém destacar que, diante do risco de ofensa à continuidade do serviço público e consequente responsabilização do agente responsável por sua manutenção, alguém poderia invocar a possibilidade de realização de contratação direta emergencial (art. 75, inciso VIII, da NLLCA) como caminho aceitável para solucionar a questão apresentada neste parecer.

53. Ocorre que essa solução merece ser considerada apenas como opção subsidiária, e não de forma prioritária.

55. A jurisprudência dos Tribunais Superiores, com frequência, alude à licitação como se ela intrinsecamente correspondesse a um princípio constitucional, conforme se observa de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (AgInt no AREsp 1072123 / SP, AgInt no AREsp 1226595 / SP, AgRg no RMS 21700 / BA REsp 1275469 / SP e RMS 26273 / DF) e do Supremo Tribunal Federal (ADI 2416, ADI 1917 e ADI 3578 MC).

56. De fato, a redação constitucional deixa bastante clara a preponderância da licitação pública, estabelecida como regra geral, e o caráter excepcional da contratação direta, que é admitida somente em relação a casos especificados na legislação (CF, art. 37, inciso XXI).



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

60. Portanto, é evidente que a seleção do contratado por licitação pública se revela muito mais legítima do que a escolha realizada em contratação emergencial, especialmente caso esta se revele desnecessária. Daí porque o Tribunal de Contas da União possui entendimento bastante conservador em relação à utilização dessa espécie de contratação:

[...]

61. Tudo isso é para dizer que, para além da segurança jurídica que se pretende obter sobre o tema, a atividade interpretativa objeto deste parecer visa contribuir para que a conduta do administrador público permaneça alinhada aos valores e princípios constitucionais e legais norteadores de sua atuação. **Afinal, a contratação de remanescente permite o chamamento de licitante classificado em licitação pública anterior, observada sua ordem classificatória, o que se alinha integralmente à imposição constitucional.**

d. Presença histórica e ininterrupta do instituto da contratação de remanescente ao longo dos últimos 30 anos

62. Até aqui, a tese segundo a qual teria havido silêncio normativo voluntário do legislador já foi refutada com base nos seguintes argumentos:

1. A forma como redigido os arts. 190 a 194 da NLLCA buscou tratar de todas as situações possivelmente impactadas pela fase de transição legal, de modo que o aparente silêncio sobre a hipótese tratada neste parecer certamente ocorreu de forma involuntária, dada a especificidade que lhe é inerente;
2. A tese do silêncio intencional do legislador também poderia oferecer riscos à continuidade do serviço público, o que confirma seu desacerto, pois não seria razoável uma interpretação que ofendesse um princípio elementar do direito administrativo; e
3. Como remédio ao risco de interrupção do serviço público, alguém poderia invocar a possibilidade de realização de contratação emergencial como solução alternativa. Foi



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

demonstrado, contudo, que a forma prioritária de seleção de contratados é a licitação pública, de modo que tal escolha sem procedimento licitatório deve ser admitida de forma excepcional (CF, art. 37, inciso XXI).

63. Por fim, um argumento adicional será apresentado, de natureza histórica.

64. Tomando-se por base a recente legislação brasileira, tem-se que a possibilidade de promover a contratação de remanescente foi inicialmente prevista no artigo 23, § 2º, do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, com posterior alteração de redação promovida pelo Decreto-lei nº 2.348, de 24 de julho de 1987. Na ocasião, o legislador optou por qualificar tal contratação como hipótese de inexigibilidade de licitação:

Art. 23. É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) § 2º É permitida a contratação de remanescente de licitação, para a execução de obra, serviço ou fornecimento idêntico ao licitado, desde que atendidas a ordem de classificação e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido. (Redação original)

§ 2º Ocorrendo a rescisão prevista no artigo 68, é permitida a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, desde que atendidas a ordem de classificação e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987)

65. Com a publicação da Lei nº 8.666, de 1993, foi mantida a possibilidade de contratação de remanescente de obra, serviço e fornecimento, tendo o legislador da época qualificado essa contratação como hipótese de dispensa de licitação, inserindo-a no inciso XI do art. 24:

Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

66. *No âmbito da Lei nº 14.133, de 2021, foi preservada a viabilidade de a Administração, em caso de rescisão contratual, convocar os licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento, conforme previsto em seu art. 90, §7º. Para tanto, foi efetuada simetria com o chamamento para a celebração inicial do contrato, que igualmente admite a convocação dos demais licitantes classificados. Portanto, na nova lei, tanto a contratação inicial como a contratação de remanescente autorizam o chamamento dos demais licitantes classificados, desde que observada a ordem de classificação no certame:*

[...]

§ 7º Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.

[...]

69. *De tudo o que foi dito acima, a despeito das diferenças na designação legal do instituto ao longo do tempo, resta claro que a essência da contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento permaneceu a mesma no curso das últimas décadas, orientando-se pela possibilidade conferida ao administrador público de efetuar a contratação mediante o aproveitamento do resultado obtido em licitação previamente realizada, sem necessidade, portanto, de novo certame.*

70. *Por isso, a contratação de remanescente se revela como verdadeiro instrumento de gestão colocado à disposição do gestor, conferindo-lhe a possibilidade de solucionar um problema concreto, caracterizado pela interrupção da execução de um*



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

contrato administrativo sem a entrega/execução completa do objeto contratado.

71. As informações trazidas até aqui revelam que a contratação de remanescente tem sido sucessivamente mantida no ordenamento jurídico brasileiro ao longo das últimas décadas, sob diferentes roupagens jurídicas, sempre com a preservação de sua essência, que pode ser resumida como sendo uma ferramenta jurídica para solução de dificuldade concreta (rescisão contratual), tudo em prestígio ao interesse público.

72. Esse conjunto de elementos aponta para a inadequação de entendimento que venha reconhecer a impossibilidade de efetuar contratação de remanescente nos casos que envolvam a transição de leis. Tal entendimento culminaria na criação, ao arrepio da lei, de um grupo especial de contratos (celebrados pela lei anterior e rescindidos na vigência exclusiva da lei nova) a respeito dos quais o administrador público estaria privado de fazer uso de instrumento jurídico consagrado historicamente nas últimas décadas (contratação de remanescente) e idealizado justamente para a solução de problemas práticos, em prejuízo à satisfação da necessidade administrativa que se pretende ver atendida com a contratação.

73. Não custa lembrar que o chamamento de interessado para assumir a contratação, observada a ordem de classificação na licitação, constitui procedimento dotado de ampla legitimidade, uma vez que os princípios da competitividade e da prévia licitação estarão sendo plenamente preservados.

74. Também é relevante destacar que a contratação de remanescente confere prestígio à eficiência administrativa, pois não haveria razão para a realização de nova licitação, com custos econômicos, operacionais e de tempo, se o certame já realizado puder oferecer outro interessado, dentre os classificados na licitação, para executar a parcela remanescente do objeto da contratação anterior.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

75. Com essas considerações, resta evidente, a partir de todos os argumentos apresentados, que, no caso proposto, **o aparente silêncio legislativo não deve ser compreendido como intenção deliberada do legislador voltada a impedir a utilização da contratação de remanescente em contratações impactadas pela transição legal.**

76. Muito pelo contrário, está claro que a vontade do legislador foi justamente a de clarear os critérios de identificação do regime legal aplicável nessa fase de transição, de modo a pretensamente alcançar todas as situações por ela impactadas. Em outras palavras, a aparente lacuna normativa identificada é meramente ocasional, impondo-se a realização de interpretação jurídica voltada a equacioná-la, de modo a conferir segurança jurídica ao administrador e advogados públicos atuantes na área.

e. Da forma de materialização da interpretação extensiva do art. 191 da NLLCA na situação apresentada

77. Os aspectos abordados até aqui já seriam suficientes para demonstrar a pertinência de promover interpretação extensiva do art. 191, da NLLCA, de modo a aplicar o conteúdo jurídico ali expresso à contratação de remanescente ocorrida no período de transição legal.

[...]

80. Como se vê, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro autoriza que o aplicador do direito faça uso de analogia quando a lei for omissa sobre determinado ponto, o que deve ser feito com vistas ao atendimento aos fins a que ela se dirige e exigências do bem comum.

81. Ora, se a própria lei autoriza a aplicação da analogia em caso de efetiva omissão legal, com muito mais razão se justifica a realização de interpretação extensiva em relação a situações em que há norma legal a ser aplicável, como ocorre na questão examinada neste parecer. Afinal, quem pode o mais, pode o menos ou, em outras palavras, “Aquele a quem se permite o mais, não deve-se negar o menos” ou, ainda, “No âmbito do mais sempre se



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

compreende também o menos” (In eo quod plus est semper inest et minus).

[...]

84. *Como se vê, a interpretação extensiva tem vez quando restar demonstrado que a escolha de palavras utilizadas na construção da norma não foi suficiente para exprimir tudo o que se pretendia dizer, situação em que a lei acaba por falar menos do que se desejava (minus dixit quam voluit). A análise já realizada neste parecer demonstra a precisa ocorrência desse fenômeno.*

85. Vale lembrar que, para fins de transição legal, a NLLCA estabeleceu duas situações nas quais a Lei nº 8.666, de 1993, mesmo após sua revogação, permanecerá sendo aplicada. São elas:

1. Art. 190 - contratos firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.133, de 2021, (tempus regit actum); e

2. Art. 191 - contratos decorrentes de procedimento de opção por licitar ou contratar pela lei anterior, desde que efetuada antes do encerramento do período de convivência normativa.

86. *No primeiro caso, que tem relação com contratos celebrados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.133, de 2021, tem-se que a nova lei apenas reproduziu a regra do tempus regit actum, já positivada no art. 6º da Lindb:*

[...]

87. Para o ponto aqui debatido, merece atenção a segunda situação, que trata da aplicação do regime jurídico da Lei nº 8.666, de 1993, aos processos cuja opção de licitar ou contratar tenha sido feita ainda durante o período de convivência normativa.

88. Para esses casos haverá, de fato, ultratividade da lei anterior, uma vez que ela incidirá em relação a licitações e contratações que nem mesmo terão sido realizadas em 30/12/2023 (data de revogação da Lei nº 8.666, de 1993), haja vista exigir a lei tão somente que a opção conste do edital ou aviso de contratação direta. Portanto, haverá efetiva incidência de lei revogada em relação a relações jurídicas novas, que ainda não terão se



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

aperfeiçoado na data da revogação do regime anterior, o que se legitima pela regra prevista no art. 191 da NLLCA.

89. Vale lembrar que o PARECER n. 00006/2022/CNLCA/CGU/AGU (NUP 00688.000717/2019-98, Seq. 79), aprovado pelo Advogado-Geral da União, foi além. Consignou expressamente que, desde que respeitada a regra do artigo 191 (opção por licitar pelo regime anterior no período de convivência normativa), até mesmo a Ata de Registro de Preços gerada pela respectiva licitação continuará válida durante toda a sua vigência, que pode alcançar o prazo máximo de 12 meses. Portanto, será possível firmar as contratações decorrentes desta ARP, mesmo após a revogação da Lei nº 8.666, de 1993, da Lei nº 10.520, de 2002, e da Lei nº 14.262, de 2011.

[...]

94. A verdade é que licitação e/ou contratação devem seguir o regime legal adotado como referência no momento de seu planejamento. E nem teria como ser diferente, pois a lei que serviu de base para a fixação das rotinas previstas no termo de referência, das regras competitivas do edital e das obrigações inseridas na minuta contratual deve ser mantida como referência legal a orientar a fase de execução contratual. Do contrário, ter-se-ia verdadeiro caos normativo inviabilizador da licitação e da contratação.

[...]

96. O instituto da contratação de remanescente está tão fortemente ligado ao da licitação a ponto de a Corte de Contas ter expressamente consignado ser possível sua utilização em relação a qualquer tipo de contratação, bastando que ela decorra de uma licitação. Nesse sentido, o Ministro Marcos Bemquerer Costa, relator do voto condutor do Acórdão nº 412/2008 - Plenário, divergindo da unidade técnica, bem esclareceu que a lei não estabeleceu qualquer limitação à possibilidade prevista no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666, de 1993, conforme se extrai dos excertos abaixo:



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

SUMÁRIO REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. INSPEÇÃO. INDÍCIOS DE ILEGALIDADE: 1) INOBSERVÂNCIA DE DISPOSITIVOS DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS; 2) AUTORIZAÇÃO E PAGAMENTO IRREGULAR DE SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS; 3) NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE DE MEMBRO DO TJ/RR PARA OCUPAR CARGO EM COMISSÃO NO TRE/RR; E 4) AQUISIÇÃO DE VEÍCULO DE REPRESENTAÇÃO EM DESACORDO COM O PRECONIZADO NAS LEIS DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS (LDO'S) PARA OS EXERCÍCIOS DE 2003 E 2004. DETERMINAÇÕES. A possibilidade de contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual prevista no 24, inciso XI, da Lei n. 8.666/1993 aplica-se a qualquer tipo de contratação.

(...)

16. Percebo que ao caso sob apreciação também deve ser dado o mesmo tratamento. O art. 24, inciso XI, da Lei n. 8.666/1993 não faz qualquer ressalva a que tipo de contrato ele se aplica. Assim, não se pode exigir do gestor interpretação restritiva para retirar a possibilidade de utilizá-lo somente em determinados contratos de obras, serviço ou fornecimento. (Grifos não originais)

[...]

98. Em alguma medida, analisando-se a relação entre a contratação de remanescente e a licitação, é possível até mesmo traçar um paralelo com o princípio da gravitação jurídica, segundo o qual o acessório deve seguir a sorte do principal (accessorium sequitur principale).

99. De tudo o que foi dito, para fins de aplicação da regra de transição da NLLCA, entende-se que deve ser oferecido à contratação de remanescente o mesmo tratamento jurídico conferido à licitação. Afinal, como visto, a contratação de



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

remanescente se revela como possibilidade intrínseca e decorrente de um certame.

100. E qual seria esse tratamento? Para os fins deste parecer, basta dizer que ele resultaria do processo interpretativo de reconhecer equivalência jurídica entre a opção de licitar e contratar pelo regime anterior (art. 191) e o fato de um certame já ter sido realizado com base na lei anterior. Por consequência, a possibilidade de contratação de remanescente que gravita em torno dessa licitação será igualmente regida pelo regime legal que a orientou, mesmo que ele já esteja revogado no momento de sua formalização.

101. Toda essa construção argumentativa se reforça com uma reflexão intrigante: se a lei anterior (que estará revogada) poderá fundamentar a realização de novas licitações e contratações que ocorrerão após sua revogação, com muito mais razão se justificaria sua incidência em relação a contratos decorrentes de licitações já realizadas em momento em que a lei regente estava em pleno vigor.

[...]

105. A interpretação extensiva aqui é legítima e inevitável, haja vista que sua incidência preservará a finalidade pretendida pela norma, que evidentemente é a de manter o mesmo regime jurídico adotado no planejamento também na fase de execução da contratação, sendo essa a essência da disciplina do art. 191 da NLCCA.

106. E não teria como ser diferente. Por medida de lógica, é preciso reconhecer que onde existe a mesma razão fundamental prevalece a mesma regra de direito (ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio), sendo essa a razão de ser da interpretação extensiva aqui preconizada.

107. Todas as evidências autorizam que se sustente que, para análise da ultratividade da Lei nº 8.666, de 1993, (i) as contratações de remanescente se ligam diretamente às licitações que as precederam e (ii) a lei anterior regente de licitação



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

previamente realizada deverá ser adotada na fase de execução da contratação, inclusive de remanescente celebrada após a revogação do regime anterior.

III - CONCLUSÃO

108. Ante o exposto, tendo em vista as razões acima dispostas, propõe-se o presente parecer com as respectivas conclusões:

[...]

4. Demonstrou-se a legitimidade de promover a contratação com base no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666, de 1993, tendo em vista que a contratação de remanescente está essencialmente ligada à licitação de origem. Por consequência, demonstrou-se que a regra de transição do art. 191 da Lei nº 14.133, de 2021, deve ser interpretada extensivamente para que seu conteúdo jurídico alcance também as licitações já realizadas sob o regime anterior, de modo que seja mantida a legislação revogada como norma apta a disciplinar eventual a contratação de remanescente, ainda que ocorrida após a revogação.

(Grifos originais e aditados)

Entendendo-se a contratação remanescente como uma “continuação” do ajuste extinto, é forçoso reconhecer que, mesmo no caso de rescisão prematura de um contrato, após a revogação do estatuto licitatório que regia a relação, o novo contrato deve ter por fundamento jurídico a mesma norma, pois, como visto, o remanescente deve se submeter às regras do edital que originou o instrumento que não foi totalmente executado.

Firmado esse entendimento, portanto, e respondendo especificamente à segunda parte do quesito apresentado pelos ii. Consultentes, entendemos que as contratações remanescentes dos serviços contemplados no contrato residente nos autos (00081243141) deve ser lastreada no art. 59, X, da Lei 9.433/2005, sendo indispensável a formalização de processo administrativo específico de contratação direta, com observância do quanto disposto no § 3º do art. 65 da Lei nº 9.433/05, a ser submetido a este NSESAB para exame e parecer.

Por oportuno, apresentamos, desde já, as orientações constantes do Parecer nº PGE-PA-NASC-PLD-76/2016, da lavra da i. Procuradora Patrícia Lima Dória, que elencou os pressupostos da dispensa de licitação para contratação de remanescente de



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

obra, serviço ou fornecimento, os quais, devem ser fielmente observados pela Administração. São eles: (a) realização anterior de licitação; (b) rescisão contratual sem que tenha expirado o prazo ajustado; (c) existência de remanescente de obra, serviço ou fornecimento; (d) observância pelo Administrador Público da ordem de classificação dos demais licitantes do certame; (e) manutenção no novo contrato das mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, que deverá ser devidamente corrigido.

Frise-se que a rescisão contratual exigida pelo citado art. 59, inciso X, como condicionante para a dispensa de licitação em comento, deve estar efetivada, ou seja, o procedimento administrativo instaurado para a extinção do vínculo contratual deve estar encerrado e o respectivo ato de rescisão publicado na imprensa oficial.

Sendo assim, a celebração de nova avença para a prestação dos serviços que remanesceram do contrato nº 039/2019 depende do encerramento do processo administrativo instaurado para extinguir o ajuste citado, bem como a publicação do ato de rescisão contratual.

III – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, apresentamos a resposta ao questionamento apresentado pelo i. Consulente.

QUESITO 1. Conforme exposto acima, tendo a referida empresa atrasado os salários por meses consecutivos, bem como as queixas sobre o depósito do FGTS, plano de saúde e odontológico gerando total instabilidade na rede hospitalar, deverá a SESAB realizar as tratativas para realização da rescisão unilateral do contrato, convocando a próxima colocada do pregão n.º 110/2019?

Resposta: Entendemos possível a instauração de processo administrativo para rescisão unilateral do contrato, assegurando-se à Contratada as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como a adoção de providências para contratação remanescente dos serviços contemplados no contrato residente nos autos, que devem ser lastreadas no art. 59, X, da Lei 9.433/2005, como sustentado no item 2.2. deste opinativo, sendo indispensável a formalização de processo administrativo específico de contratação direta, com observância do quanto disposto no § 3º do art. 65 da Lei nº 9.433/05, a ser submetido a este NSESAB para exame e parecer.



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

**IV – DA UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO ACERCA DA
LEGISLAÇÃO APLICÁVEL EM CASO DE CONTRATAÇÃO
REMANESCENTE.**

Considerando a potencial repercussão da situação fática tratada nestes autos, entendemos recomendável a uniformização do entendimento abraçado no item 2.2.2. deste opinativo em relação à legislação aplicável às contratações remanescente, firmando-se orientação jurídica semelhante à adotada pela AGU na Orientação Normativa nº 79/2023:

“Mesmo após a revogação da norma de regência (Lei nº 8.666/1993 ou Lei estadual nº 9.433/2005), havendo rescisão de contrato administrativo que tenha sido nela fundamentado, será admitida a celebração de contrato de remanescente de obra, serviço ou fornecimento por dispensa de licitação, com base na própria norma, desde que sejam atendidos todos demais requisitos legais aplicáveis a essa espécie de contratação.”

É o nosso entendimento, s.m.j.!

À superior consideração da douta Chefia da Procuradoria Administrativa.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, 09 DE JANEIRO DE 2024

**Adriano Ferreira da Silva
Procurador Assistente**