

CONSULTA Nº 62/2019

PROCEDIMENTO Nº IDEA: 590.9.138154/2019

SUMÁRIO

1. Do objeto da consulta	01
2. Da exigência contida no edital de tomada de preços nº 007/2019, do Município de Rio Real	02
3. Da finalidade do registro cadastral	04
4. Do registro cadastral em tomada de preços	08
5. Da exigência de comprovação do cadastramento quando do credenciamento	12
6. Das providências a cargo do Ministério Público	17
7. Conclusão	22

1 – Do objeto da consulta

Trata-se de consulta efetuada pela Promotora de Justiça Lara Vasconcelos Palmeira Cruz Leone, titular da 2ª Promotoria de Justiça de Rio Real.

A consulta tem por objetivo colher orientação doutrinária e jurisprudencial acerca da possível irregularidade acerca da exigência de apresentação de certificado de inscrição no registro cadastral da Secretaria de Administração da Bahia (SAEB), como condição de participação na Tomada de Preços nº 007/2019.

Com o propósito de fornecer os subsídios solicitados, e respeitada a independência funcional do órgão de execução, o **CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA – CAOPAM**, com amparo no art. 17, da Resolução nº 006/2009,

do Colégio de Procuradores de Justiça, bem como no art. 3º, V, IX, XIII do Ato Normativo nº 027/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça, apresenta a seguinte análise técnico-jurídica.

**2 – Da exigência contida no edital de tomada de preços nº 007/2019, do
Município de Rio Real**

O Município de Rio Real deflagrou procedimento licitatório, na modalidade tomada de preços, para a contratação de serviços de engenharia, cujo objeto é o seguinte:

EDITAL DE TOMADA DE PREÇOS N ° 007-2019-TP

O MUNICÍPIO DE RIO REAL, com sede à Rua Rui Barbosa, S/N, Centro – RIO REAL - BA, inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda sob n 15.088.800/0001-83, representada pela Comissão Permanente de Licitações, através do Decreto nº 001/2019, expedido no dia 02 de janeiro de 2019, divulga para conhecimento das firmas interessadas, que está aberta a TOMADA DE PREÇOS acima identificada, que objetiva a Contratação de empresa para efetuar a manutenção de Pavimentação com Remoção e Reassentamento de Paralelepípedo e meio fio, incluindo rampa de acessibilidade e redutor de velocidade em várias localidades da sede e povoados do município de Rio Real, Estado da Bahia, com fornecimento de material e mão de obra, CONFORME ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS, ANEXO DESTES EDITAIS.

O instrumento convocatório previu, como condição expressa para participação na licitação, que os fornecedores interessados estivessem previamente inscritos no registro cadastral da Secretaria de Administração da Bahia (SAEB). Essa exigência encontra-se consignada da seguinte forma no edital:

1. REQUISITOS PARA PARTICIPAÇÃO:

1.1 Somente Poderão participar da **TOMADA DE PREÇOS** empresas nacionais inscritas no **CRC/SAEB**, no ramo do objeto desta Licitação, com certificado em vigor, que atendam aos seguintes requisitos:

a) Não tenham sido consideradas impedidas do direito de licitar mediante aplicação da penalidade de suspensão para com o Município de Rio Real e/ou declaradas inidôneas por qualquer órgão ou entidade de Administração Pública Direta ou Indireta da União, Estados e Municípios.

b) Que o prazo máximo de execução dos obras/serviços objeto deste edital é de 12 (doze) meses, iniciando a contagem 2(dois) dias após a ordem de serviço expedida pela autoridade competente.

c) Que o prazo de validade da proposta é de 60 (sessenta) dias, da data de abertura desta licitação;

d) Não será admitida a participação de empresas em consórcio;

e) O Certificado de Registro Cadastral CRC/SAEB deverá conter a codificação especificada para o ramo do objeto desta Licitação.

f) Não poderá participar, ainda, da Licitação, direta ou indiretamente:

f.1) O autor do projeto básico ou executivo, pessoa física ou jurídica, exceção feita ao contemplado pelo § 1º do Art. 9º da Lei 8.666/93;

f.2) Empresa, isoladamente ou em consórcio, do tipo Cooperativa;

f.3) Servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação;

f.4) Para cumprimento do disposto acima, considera-se participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto e o Licitante;

1.1. Em qualquer hipótese a Comissão de Licitação, ou a autoridade superior desta Prefeitura poderá exigir a apresentação dos demais documentos da habilitação, sempre que for suscitada dúvida quanto à regularidade da situação jurídica e da Inscrição Cadastral da Licitante. O não atendimento da solicitação, no prazo fixado, implicará na inabilitação, com a devolução do envelope contendo a proposta.

3 – Da finalidade do registro cadastral

O registro cadastral encontra-se disciplinado na Lei Federal n 8.666/93, conforme segue:

Art. 34. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

§ 1º O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, com periodicidade mínima anual, por meio da imprensa oficial e de sítio eletrônico oficial, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados.

§ 2º É facultado às unidades administrativas utilizarem-se de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

Art. 35. Ao requerer inscrição no cadastro, ou atualização deste, a qualquer tempo, o interessado fornecerá os elementos necessários à satisfação das exigências do art. 27 desta Lei.

Art. 36. Os inscritos serão classificados por categorias, tendo-se em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos arts. 30 e 31 desta Lei.

§ 1º Aos inscritos será fornecido certificado, renovável sempre que atualizarem o registro.

§ 2º A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral.

Art. 37. A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o

registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências do art. 27 desta Lei, ou as estabelecidas para classificação cadastral.

Observe-se que o registro cadastral se presta a simplificar a fase de habilitação, através de um cadastro prévio do fornecedor. Posto isso, trata-se de uma *alternativa* à apresentação dos documentos de habilitação, que tem em vista não apenas tornar mais célere essa fase procedimental, mas, também, trazer maior facilidade aos interessados em participarem de licitações, os quais não serão obrigados a seguidamente apresentarem os mesmos documentos de habilitação em cada certame que participarem, podendo se valer, ao invés disso, do certificado de registro cadastral emitido pelo órgão licitante (ou emitido por outra entidade, quando o órgão licitante consigne no edital a sua aceitação). Nesse sentido, ensina MARÇAL JUSTEN FILHO¹:

O cadastro consiste num banco de dados mantido por órgão da Administração Pública, contendo a relação das pessoas reputadas habilitadas a participar de licitação e informações sobre a sua situação jurídica, fiscal, técnica e econômico-financeira. A existência do cadastro propicia a simplificação da atividade da Administração Pública em licitações. A inscrição no cadastro faz--se de modo abstrato e genérico, independentemente da realização de uma licitação específica. Em oportunidades posteriores, a Administração recorrerá ao conteúdo do cadastro para avaliar a idoneidade do licitante, sem necessidade de reapresentação de documentos ou de disputa sobre o preenchimento dos requisitos já verificados por ocasião do cadastramento.

Para a Administração, os registros cadastrais simplificam e tornam mais rápido o trâmite das licitações.

¹ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 3ª ed. em e-book baseada na 18ª ed. impressa, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2019, disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/98527100/v18/page/RL-1.10>

Já para os particulares, a inscrição nos registros cadastrais representa a possibilidade de promover a comprovação de requisitos perante a Administração sem os atropelos e riscos exigidos em determinada licitação. Apenas para exemplificar, o defeito de documentação em uma licitação específica poderá acarretar a exclusão do licitante do certame. Mas, se o interessado apresentar para inscrição no registro cadastral documentação eivada do mesmo defeito, não haverá maior problema. A Administração poderá conceder ao interessado todas as oportunidades para suprir os defeitos da documentação. Inexistirá o constrangimento derivado da rigidez com que o princípio da isonomia se aplica no curso de uma licitação específica.

A facultatividade do registro é reforçada pelo art. 32, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, que estabelece que a documentação de habilitação *poderá* ser substituída pelo certificado de registro cadastral, nesses moldes:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.

§ 3º A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital

e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei.

Tenha-se presente, portanto, que a apresentação do certificado de registro cadastral é, como dito acima, *facultativa*: trata-se de *possibilidade*, instituída por lei, de substituir a documentação de habilitação, caso no qual se coloca, para os licitantes, a *alternativa* entre apresentar os documentos de habilitação ou o certificado de registro cadastral. Por essa razão, *como regra*, a imposição, em edital de licitação, da *obrigação* de apresentar o mencionado certificado, tolhendo-se a possibilidade de, *alternativamente*, optar-se por apresentar a documentação correspondente, é ilegal, conforme tem reiteradamente decidido o Tribunal de Contas da União:

É ilegal a exigência, como documento de habilitação, de certificado de registro cadastral (CRC). A faculdade legal de apresentação do CRC não pode se converter em obrigação, de forma a restringir a competitividade dos certames ao conjunto de empresas cadastradas.

(TCU, Acórdão nº 2.857/2013-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler)

A exigência de certificado de registro cadastral ou de certidão emitidos pelo ente que conduz a licitação, com exclusão da possibilidade de apresentação de documentação apta a comprovar o cumprimento dos requisitos de habilitação, afronta o comando contido no art. 32 da Lei 8.666/1993.

(TCU, Acórdão nº 2.951/2012-Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro)

Posto isso, o regime legal geral concernente ao registro cadastral assenta-se em duas premissas:

- (a) Cabe ao órgão licitante estabelecer o registro cadastral, para que as empresas interessadas pré-qualifiquem-se no que toca à documentação usualmente necessária à fase de habilitação dos certames;

- (b) Ainda que estabelecido o registro cadastral no âmbito de determinada entidade pública, cabe ao participante da licitação optar entre apresentar a documentação de habilitação exigida no edital ou substituí-la, quando isso for possível, pelo certificado de registro cadastral.

4 – Do registro cadastral em tomada de preços

É certo que a Lei Federal nº 8.666/93, ao disciplinar as modalidades de licitação, instituiu mecanismo voltado ao fomento da utilização do registro cadastral especificamente no que se refere à *tomada de preços*. Isso porque, nessa modalidade licitatória, o certame é aberto *para os interessados devidamente registrados*. No entanto, a lei é expressa ao complementar: bem como aos *que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas*. Confira-se:

Art. 22. São modalidades de licitação:

(...)

II - tomada de preços;

(...)

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

(...)

§ 9º Na hipótese do parágrafo 2º deste artigo, a administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação,

nos termos do edital.

(sublinhamos)

Tem-se, portanto, que a Lei de Licitações claramente admite a participação de terceiros que não tenham se inscrito previamente no registro cadastral, *desde que demonstrem preencher os requisitos de habilitação necessários para esse registro com até três dias de antecedência para a data de abertura das propostas.*

Posto isso, ao impor a obrigação de cadastramento prévio *quando do credenciamento*, o instrumento convocatório afrontou expressamente o art. 22, §§ 2º e 9º, da Lei Federal nº 8.666/93, *que expressamente admitem a participação, em licitação na modalidade tomada de preços, de fornecedor que não esteja previamente inscrito no registro cadastral.*

Interpretando o dispositivo legal em comento, leciona MARÇAL JUSTEN FILHO²:

O dispositivo poderia ser interpretado no sentido de que os interessados estariam sujeitos, para participar da tomada de preços, à obtenção do cadastramento até o terceiro dia anterior. Ou seja, deveriam requerer sua inscrição no cadastro com antecedência suficiente para estar concluída até o terceiro dia anterior. Essa interpretação é inadmissível por ser impossível estimar, de antemão, o prazo necessário para a inscrição no cadastro ser processada. Nem seria possível remeter a fixação desse prazo à discricionariedade da Administração. Portanto, não se pode reputar que o interessado deva, obrigatoriamente, estar cadastrado até três dias antes da data prevista para entrega das propostas, inclusive pelo risco de a Administração determinar o universo dos licitantes e restabelecer uma

² *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 3ª ed. em e-book baseada na 18ª ed. impressa, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2019, disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/98527100/v18/page/RL-1.8>

tomada de preço nos moldes da legislação revogada: bastaria a Administração atrasar sua atuação para excluir os interessados que houvessem requerido mais tardiamente seu cadastramento. Tanto mais porque a vontade legislativa é permitir que, após divulgado o edital, o maior número de interessados requeiram sua habilitação e venham a participar da licitação. Por isso, a melhor interpretação é a de que os interessados em participar deverão apresentar, até três dias antes da data prevista para entrega das propostas, toda a documentação necessária à obtenção do cadastramento.

(sublinhamos)

Veja-se, ainda, a lição de RAFAEL CARVALHO REZENDE DE OLIVEIRA³:

Em relação à participação do não cadastrado, existem duas questões que têm gerado controvérsias doutrinárias. A primeira discussão refere-se à interpretação da exigência contida no art. 22, § 2º, da Lei de Licitações: “que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”. Existem dois entendimentos sobre o assunto:

1º entendimento: Os interessados devem obter o cadastramento efetivo até o terceiro dia anterior da data do recebimento das propostas. Nesse sentido: **Jessé Torres Pereira Junior.**

2º entendimento: Os interessados devem apresentar todos os documentos exigidos para o cadastro até o terceiro dia anterior da data do recebimento das propostas, mas a decisão relativa ao cadastramento poderá ser proferida após esse prazo. Enquanto não decididos os cadastramentos (as habilitações), os envelopes das propostas não serão abertos. Nesse sentido: **Marçal Justen Filho e Marcos Juruena Villela Souto.**

Entendemos que a segunda interpretação deve prevalecer, pois a Lei não exige o cadastramento prévio, mas, sim, o atendimento das condições para cadastramento no prazo legal, ou seja, a decisão final sobre o cadastramento

³ *Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2018, pp. 118-119.

pode ser proferida posteriormente. Ademais, o primeiro entendimento colocaria em risco a participação dos interessados não cadastrados, que poderiam ser aliados do certame em razão da morosidade administrativa na análise dos documentos.

(sublinhamos)

Na mesma linha, ensinam EGON BOCKMANN MOREIRA e FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES⁴:

Porém – e como anotou Hely Lopes Meirelles –, em qualquer dos sistemas e modalidades é ilegal a exigência de cadastramento: “(...)Nos termos da lei, a participação de qualquer interessado é livre na concorrência e no convite (art. 22, §§ 1º e 2º), e mesmo na tomada de preços é facultada a participação daqueles não cadastrados mas que preencham as condições exigidas até três dias antes da data prevista para a entrega dos envelopes (art. 22, § 2º)”. Isto é: o cadastro não é indispensável mesmo nas tomadas de preços – mas é de todo indicado que seja feito, vez que instala eficiência no processamento da licitação.

(sublinhamos)

A jurisprudência não destoia desse entendimento, cabendo referir o julgado abaixo:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA. TOMADA DE PREÇOS. CERTIFICADO DE REGISTRO CADASTRAL - CRC. SUBSTITUIÇÃO POR DOCUMENTOS DO ART. 28 DA LEI Nº 8.666/93. POSSIBILIDADE. 1. Não se pode exigir dos licitantes a apresentação de Certificado de Registro Cadastral - CRC quando a lei que regulamenta as licitações (Lei nº 8.666/93) não o exige. Se esta determina que, na concorrência, podem participar "quaisquer interessados" (art. 22, § 1º) e

⁴ *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 129.

que, na tomada de preços, podem participar, além dos cadastrados, os que "atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento" (art. 22, § 2º), não pode o edital determinar, como requisito para a "habilitação jurídica", que a empresa esteja cadastrada, excluindo as que atendem à segunda opção do parágrafo 2º. Ainda mais quando a mesma lei enumera taxativamente os documentos necessários à referida habilitação (art.28), não se encontrando entre eles o CRC. 2. Considere-se, ainda, o fato de ter havido a comunicação a todos os licitantes, pela Comissão de Licitação, da resposta à Air-All Serviços Aeroportuários Ltda sobre a necessidade de apresentação do CRC, conforme informação da autoridade impetrada. E a Impetrante-apelante não alega, em nenhum momento que se tenha deixado de divulgar referida resposta. 3. "A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicava tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital" (STJ, RESP 198665-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, in DJ de 03.05.99, p. 137). 4. Apelação improvida. 5. Peças liberadas pelo Relator em 06.10.2000 para publicação do acórdão.
(TRF1, AMS 0036794-94.1996.4.01.0000, JUIZ RICARDO MACHADO RABELO (CONV.), TRF1 - PRIMEIRA TURMA, DJ 23/10/2000 PAG 07).

Conforme exposto anteriormente, na situação sob exame, o instrumento convocatório descumpre os preceitos legais referidos acima, pois *determina, como única possibilidade, a prévia existência do cadastramento junto à SAEB, suprimindo o direito expressamente consignado no art. 22, §§ 2º e 9º, qual seja, a possibilidade de participação de licitante não cadastrado, que atenda as exigências de habilitação até 3 dias antes da data de apresentação das propostas.* Institui, portanto, um *dever de premonição* a todos os potenciais fornecedores, os quais estavam obrigados a *adivinhar* a futura abertura de uma licitação, para cuja participação seria exigida, como condição "sine qua non", a prévia inscrição no registro cadastral do Governo do Estado.

5 – Da exigência de comprovação do cadastramento quando do credenciamento

Destaque-se que a irregularidade detectada não se resume à obrigatoriedade de inscrição no registro cadastral, estendendo-se, também, ao *momento* no qual essa obrigatoriedade é imposta. Isso porque o edital impôs que a comprovação da inscrição no registro cadastral da SAEB fosse feita no *instante do credenciamento*, conforme segue:

3. DO CREDENCIAMENTO

3.1. A empresa interessada na participação na licitação deverá apresentar à CPL para credenciamento, **FORA dos envelopes de preços e de habilitação**, os seguintes documentos, a saber:

3.1.1. CARTA DE CREDENCIAMENTO ou PROCURAÇÃO conforme sugerido nos **MODELOS** do Anexo VI e Anexo VII a saber:

3.1.1.1. A procuração apresentada deverá necessariamente ter **firma reconhecida do representante legal que a outorga**, acompanhada de cópias **autenticadas** em cartório do documento de Identificação da pessoa física que está representando a empresa e do ato constitutivo; estatuto ou contrato social e alterações, ou ainda alteração consolidada do contrato, quando for o caso. Serão admitidas fotocópias para que sejam autenticadas pela CPL, desde que sejam apresentados os originais;

3.1.1.2. Sendo a participante representada pelo próprio sócio ou proprietário, com poderes para representar a empresa, não será necessária a apresentação da procuração, bastando apresentar cópias autenticadas em cartório do ato constitutivo; estatuto ou contrato social e alterações, ou ainda alteração consolidada do contrato, e, no caso das sociedades por ações, além dos documentos aqui exigidos, o documento de eleição e posse dos administradores, acompanhada de cópia **autenticada** em cartório do documento de Identificação do **próprio sócio ou proprietário**. Admitir-se-ão fotocópias, para que sejam autenticadas pela CPL à vista dos originais;

3.1.2. A empresa deverá apresentar juntamente com os documentos da credencial o certificado de Registro Cadastral do Estado da Bahia - CRC/SAEB.

Essa etapa de credenciamento foi designada para o instante da *entrega* (e não da abertura) dos envelopes de *habilitação* e de *proposta*, nos moldes seguintes:

5.1. No dia, local e hora designados no preâmbulo e no aviso de convocação da TOMADA DE PREÇOS, em sessão pública, a COMISSÃO de Licitação da prefeitura, receberá os envelopes "A" e "B", das firmas interessadas, os quais deverão ser entregues por prepostos, devidamente qualificados e habilitados, cujas credenciais deverão ser também entregues a COMISSÃO.

Trata-se a toda vista, de etapa *lógica e cronologicamente* anterior à da abertura dos envelopes de habilitação e de proposta. Em outras palavras, o primeiro ato praticado pela comissão de licitação é avaliar as *credenciais* dos pretendentes participantes. Somente no caso de serem considerados devidamente credenciados, poderão participar da licitação e, conseqüentemente, terem avaliados seus documentos de habilitação e de proposta.

Ocorre que o certificado de registro cadastral constitui, claramente, num documento de *habilitação* e, por isso, apenas poderia ser exigido na fase própria (entre a habilitação e a análise das propostas, conforme determina a lei), e não já na etapa do credenciamento.

Note-se, ademais, que, não obstante *exija* a apresentação do certificado de registro cadastral como etapa necessária para o *credenciamento* (ou seja, como pré-requisito para o singelo direito de *participar* da licitação), o edital dispõe, no item 4.2, sobre o extenso rol de documentos que deverão ser apresentados na fase de habilitação, os quais, se não fornecidos, levam à desclassificação da empresa participante, conforme segue:

5.2.3. Serão inabilitadas da TOMADA DE PREÇOS as empresas cujos envelopes "A", não contiverem todos os documentos do subitem 4.2 e o presidente da COMISSÃO devolverá aos respectivos prepostos, o envelope "B" (PROPOSTA FINANCEIRA) fechado.

Destaque-se que, em toda a parte do edital que trata da *fase de habilitação*, não é feita nenhuma referência à possibilidade de se substituir toda ou parte da documentação de habilitação pelo certificado de registro cadastral.

Ou seja: criando exigência inusitada e desconforme à lei, o instrumento convocatório *obriga* as empresas interessadas a apresentarem o certificado de registro cadastral para o mero *cadastramento* (etapa na qual o que se deve verificar, apenas, é se a pessoa que se apresenta com representante de uma empresa possui efetivamente essa condição), mas não institui sequer a *faculdade* de substituição da documentação de habilitação pelo certificado de registro cadastral, *que é, exatamente, a razão prática e jurídica da existência desse certificado.*

Sintetizando o exposto acima, examinada a sequência de atos do procedimento licitatório, tem-se o seguinte encadeamento:

- a) Credenciamento dos participantes;
- b) Exame dos documentos de habilitação dos participantes credenciados;
- c) Análise das propostas dos participantes habilitados.

Essas etapas transcorrem em lapsos temporais distintos, sendo certo que a faculdade conferida pelo art. 22, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, no sentido de que licitantes que não possuam registro cadastral prévio participem da licitação, situa-se precisamente num desses intervalos temporais: aquele que se dá *entre as fases de habilitação e de análise das propostas*. É isso o que dispõe o referido artigo, quando estabelece que esses competidores serão admitidos se apresentarem a documentação correspondente *até três dias antes da abertura das propostas*.

No caso sob exame, esse intervalo temporal entre a fase de habilitação e a de abertura das propostas foi regulamentado pela seguinte cláusula do edital:

5.3. Concluída a avaliação dos documentos de HABILITAÇÃO (envelope “A”), na forma indicada no subitem 4.2., a COMISSÃO convocará os licitantes, por escrito ou logo após a lavratura da ata, e, em sessão pública com a presença dos interessados, fará a abertura dos envelopes “B” (proposta financeira), observando – se o seguinte procedimento:

A – divulgação do resultado da Fase de Habilitação.

B – o fornecimento, pela COMISSÃO, dos esclarecimentos e justificativas que os licitantes solicitarem sobre o resultado da HABILITAÇÃO.

C – abertura dos envelopes “B” das firmas habilitadas.

Ocorre que a exigência incluída no instrumento convocatório não respeitou o lapso legalmente imposto: a possibilidade de apresentação da documentação por parte daqueles fornecedores que não estavam previamente inscritos no registro cadastral não foi contemplada nem no intervalo entre as fases de *habilitação* e de *proposta*, nem no intervalo entre as fases anteriores, de *credenciamento* e *habilitação*. Frise-se que, mesmo se fosse permitida a apresentação dos documentos entre essas duas fases (a de *credenciamento* e a de *habilitação*), tratar-se-ia de cláusula editalícia ilegal, pois não é esse o intervalo temporal no qual a lei assegura essa faculdade. No entanto, de maneira ainda mais grave, essa faculdade foi completamente proibida, *mesmo nas fases procedimentais anteriores*, pois era obrigatório que, quando do credenciamento, os participantes *já estivessem inscritos no registro cadastral*.

Além de ser contrária à lei, a restrição da participação dos potenciais fornecedores em um procedimento licitatório *exclusivamente por meio da apresentação prévia de registro cadastral* gera, de antemão, uma enorme e indevida restrição no universo competitivo. Isso porque *obriga* os empreendedores a efetuarem uma inscrição prévia, sem sequer saberem se terão interesse em participar de alguma licitação que venha a ser aberta e, mais do que isso, sem ao menos serem informados se será efetuada alguma licitação que guarde relação com sua área de atuação. Ou seja: os fornecedores veem-se obrigados, com isso, a preencherem um requisito prévio de habilitação *antes mesmo da abertura da*

licitação. A situação se afigura ainda mais grave, ao se considerar que o que foi exigido *pelo ente municipal*, no caso sob apreciação, foi a inscrição no registro cadastral *do ente estadual (Governo do Estado da Bahia)*. Ora, o registro cadastral promovido pelo Governo Estadual tem por escopo as licitações que serão efetuadas nesse último âmbito. Assim, cabe aos empreendedores que tenham interesse em participar de licitações estaduais, *se quiserem*, inscreverem-se no registro cadastral da SAEB para, com isso, eliminarem a necessidade de apresentação de determinados documentos nos certames estaduais de que venham a tomar parte. Na forma em que foi construída a exigência editalícia pelo Município de Rio Real, o empreendedor é obrigado a ter-se inscrito previamente num cadastro estadual, *como exigência necessária de participação numa licitação municipal, sem que fosse minimamente presumível que esse registro cadastral constaria como condição obrigatória para a habilitação*.

6 – Das providências a cargo do Ministério Público

A deflagração de procedimento licitatório em desconformidade com a lei, contemplando cláusula restritiva da ampla concorrência, é vedada pelo art. 3º, § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93, conforme segue:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Trata-se de proibição firmemente dirigida aos agentes públicos encarregados da condução dos certames.

Além disso, tenha-se presente que, ainda que a licitação já tenha sido concluída, a mácula originária contamina todos os atos seguintes, inclusive a celebração do contrato administrativo, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça da Bahia:

DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. APELAÇÃO QUE COMBATE ESPECIFICAMENTE OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA QUESTÃO, SEM A NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE RECURSAL. INOCORRÊNCIA. CONFORME PACÍFICO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ, "A SUPERVENIENTE ADJUDICAÇÃO NÃO IMPORTA NA PERDA DE OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA, POIS SE O CERTAME ESTÁ EIVADO DE NULIDADES, ESTAS TAMBÉM CONTAMINAM A ADJUDICAÇÃO E POSTERIOR CELEBRAÇÃO DO CONTRATO" (AGRG NA SS 2.370/PE, REL. MIN. ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, DJE 23.9.2011). PRELIMINARES REJEITADAS. NO MÉRITO. INABILITAÇÃO DE EMPRESA LICITANTE. ILEGALIDADE. APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS QUE COMPROVAM A

EXPERIÊNCIA DA EMPRESA/IMPETRANTE. OBJETO DE BAIXA COMPLEXIDADE. LICITAÇÃO NA MODALIDADE MENOR PREÇO GLOBAL. EQUÍVOCO DA COMISSÃO LICITANTE. APELAÇÃO PROVIDA, SENTENÇA REFORMADA.

(TJBA, Apelação nº 0548587-22.2016.8.05.0001, Relator JOÃO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA PINTO, publicado em: 30/10/2018)

Em vista disso, sugere-se ao órgão de execução que avalie a possibilidade de ajuizar ação visando declarar a nulidade da licitação.

É certo, ainda, que a situação ora examinada pode caracterizar o ato de improbidade administrativa contemplado no art. 10, VIII, da Lei Federal nº 8.429/92, que estabelece:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

Observe-se que, segundo pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a frustração da licitude do procedimento licitatório impacta irremediavelmente a possibilidade de livre concorrência, o que, de per si, caracteriza dano ao erário. Nesse sentido, a título de exemplo, os seguintes julgados:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE À LICITAÇÃO.

CONTRATAÇÃO DE MERENDA ESCOLAR. IRMÃO DO PREFEITO MUNICIPAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETÓRIOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. CARACTERIZAÇÃO DO DANO E PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. REFORMA DAS CONCLUSÕES DO ARESTO RECORRIDO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. DANO IN RE IPSA. DOSIMETRIA DA PENA. DESCABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...)

4. Da mesma forma, não é possível reavaliar as provas da demanda para afastar o elemento subjetivo da conduta, bem como a existência do dano à administração pública, consoante o impeditivo da Súmula 7/STJ.

5. Ademais, de acordo com a jurisprudência do STJ, o prejuízo decorrente da não observância do regular processo licitatório constitui dano in re ipsa, uma vez que se retira a oportunidade de a administração contratar a melhor proposta.

6. Não sendo o caso de flagrante desproporcionalidade, a pretensão de revisar a dosimetria das sanções aplicadas na instância ordinária é vedada no âmbito do apelo especial, aplicando-se o óbice da Súmula 7/STJ.

7. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no AREsp 416.284/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 08/08/2019)

(sublinhamos)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE SERVIÇO ESPECIALIZADO. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/1992. ELEMENTO SUBJETIVO CONFIGURADO. DANO AO ERÁRIO. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO. SÚMULA 284/STF.

(...)

5. É pacífico o entendimento de que frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa

prejuízo ao erário, ainda que esse prejuízo não possa ser quantificado em termos econômicos, para ressarcimento. Não se pode exigir a inequívoca comprovação do dano econômico causado pela conduta ímproba, pois nessas hipóteses específicas do artigo 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, o prejuízo é presumido (in re ipsa). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.499.706/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 14/3/2017; RMS 54.262/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017; AgRg no REsp 1512393/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015.

6. A configuração da conduta do artigo 10 da LIA exige apenas a demonstração da culpa do agente, não sendo necessária a comprovação de dolo (AgRg no REsp 1167958/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/12/2017).

(...)

10. Recurso Especial não conhecido.

(STJ, REsp 1786219/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 18/06/2019)

(sublinhamos)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA. OFENSA AO ART. 10 DA LEI 8.429/1992. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. VALOR DO DANO AO ERÁRIO. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. O entendimento do Tribunal de origem destoa da jurisprudência do STJ que se firmou no sentido de que o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela administração da melhor proposta.

2. **Para se chegar a essa conclusão, é desnecessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, porquanto a aplicação da jurisprudência do STJ à hipótese configurada na presente demanda levou em consideração os elementos fáticos delineados no acórdão de origem. Sendo**

certo, ainda, que o prejuízo ao erário in re ipsa independe de qualquer análise de provas, pois, como o próprio nome do instituto revela, o dano é presumido.

3. De outro modo, para se aferir o real valor do dano ao erário, como pretende o agravante, seria necessária a incursão nos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável na via eleita, em razão do óbice a Súmula 7/STJ. Portanto, tal questão deve ficar como determinado anteriormente na decisão de e-STJ, fls. 1.491/1.493, em que se estabeleceu que o referido valor deve ser apurado em liquidação de sentença.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(Aglnt nos EDcl no REsp 1750581/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

(sublinhamos)

Pelo exposto, sugere-se ao órgão de execução, sem embargo da adoção de eventual providência objetivando a anulação do certame, dê seguimento à apuração da possível prática de ato de improbidade administrativa, com o propósito de identificar os agentes públicos que foram responsáveis pela inserção da exigência ilegal no edital de licitação, bem como do elemento subjetivo (que, no caso, pode ser doloso ou culposos), correspondente à consciência (ou exigível consciência) de que a cláusula inserida era indevida, agindo, ainda assim, para que fosse incluída no edital.

7 – Conclusão

Diante do exposto, em resposta à consulta efetuada, conforme os subsídios doutrinários e jurisprudenciais acima identificados, o CAOPAM manifesta entendimento no sentido de que:

a) A exigência formulada no edital de tomada de preços nº 007/2019, do

Município de Rio Real, relativamente à comprovação de prévia inscrição no registro cadastral quando do credenciamento dos interessados em participarem da licitação, é ilegal, violando frontalmente o art. 22, §§ 2º e 9º, da Lei Federal nº 8.666/93.

- b) Essa ilegalidade macula o procedimento licitatório, restringindo indevidamente o universo de potenciais licitantes e, com isso, afetando a ampla concorrência.
- c) O Ministério Público pode adotar providências extrajudiciais e judiciais objetivando a anulação do referido procedimento licitatório.
- d) Além disso, pode o Ministério Público dar prosseguimento à investigação, com o propósito de averiguar a possível prática do ato de improbidade previsto no art. 10, VIII, da Lei Federal nº 8.429/92.

Colocamo-nos à disposição para fornecer outros subsídios que se revelem necessários.

Salvador, 09 de outubro de 2019.



Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPAM