



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS
COORDENAÇÃO-GERAL DE ORIENTAÇÃO

PARECER N.º 128/2011/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO N.º 00441.002525/2009-37

INTERESSADA: Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais – CJU/MG

ASSUNTO: Cadastramento prévio dos interessados em participar de pregão eletrônico no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores do Poder Executivo Federal – SICAF

PREGÃO ELETRÔNICO. CADASTRAMENTO PRÉVIO NO SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES DO PODER EXECUTIVO FEDERAL – SICAF PREVISTO NO ART. 3.º, § 2.º, DO DECRETO N.º 5.450/2005. ILEGALIDADE.

I – O art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005 é ilegal por afrontar as disposições constantes dos incisos XII, XIII e XIV do art. 4.º da Lei n.º 10.520/2002.

II – Decreto regulamentador não pode tornar obrigatório cadastramento que a lei previu como facultativo.

Senhora Coordenadora-Geral de Orientação,

1. Versa o presente processo sobre a necessidade de cadastramento prévio dos interessados em participar de pregão eletrônico no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores do Poder Executivo Federal – SICAF, na forma do art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005.

2. O processo foi inaugurado pela Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais, que assim sustentou a ocorrência de conflito entre a obrigatoriedade de cadastramento prévio constante do art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005 e a Lei n.º 10.520/2002 no Memorando n.º AGU/CGU/NAJ/MG/GAB-0070/2009, de 09/10/2009, acostado às fls. 01/02:

(...) o item 19 da minuta de edital, que pelo seu teor, adianta a fase de habilitação em desconformidade ao procedimento da modalidade pregão, condicionando os licitantes ao cadastramento no SICAF (...)

3. O parecerista Dr. Marcelo Augusto Carmo Vasconcellos concluiu pelo descabimento da exigência, sustentado pela pacífica jurisprudência do TCU no sentido de que a exigência de prévio cadastramento no SICAF ofende os 'princípios constitucionais da legalidade e da isonomia, devendo-se considerar, ademais, que a comprovação da capacidade técnica deve ficar restrita às exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações pelos licitantes, de modo a não macular o caráter competitivo e a isonomia do certame' (Acórdão n.º 3.394/2007 – 2.ª Câmara).

4. Nota-se, entretanto, que o artigo 3.º, parágrafo 2.º, do Decreto n.º 5.450/2000 (...) fornece ao administrador subsídios para a previsão de tal exigência nos instrumentos licitatórios.

23.4.5



5. No entanto, pela análise sistemática da legislação pertinente, visualiza-se conflito entre a norma secundária, o Decreto n.º 5.450/2000, e a primária, Lei n.º 10.520/2002, conclusão devidamente fundamentada no Parecer AGU/CGU/NAJ/MG-1.086/2009-MACV (...). As lições jurídicas nos ensinam que em situações de conflito normativo, para que se resguarde o princípio da legalidade, princípio fundamental da Administração Pública, deve o administrador aplicar a lei em detrimento do regulamento. Assim, manifestou-se o parecerista pela ilegalidade da norma secundária, recomendando ao Comando da 4.ª Região Militar do Exército negar de imediato a aplicação do artigo 3.º, parágrafo 2.º, do Decreto n.º 5.450/2000, até manifestação do Advogado-Geral da União, nos termos do artigo 4.º, X, c/c art. 28, II, da Lei Complementar n.º 73/93.

6. Destarte, considerando que o Decreto em comento exorbita do poder regulamentar deferido ao Poder Executivo, o que sugere a ilegalidade do ato, encaminhamos a questão à Consultoria-Geral da União, por intermédio do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos – DECOR, para que este órgão profira juízo sobre a legalidade do art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005, com vistas a resguardar a unidade de atuação do Poder Executivo federal.

3. Às fls. 14/48 e 52/62, foram juntadas cópias do referido Parecer n.º AGU/CGU/NAJ/MG-1.086/2009-MACV, de 18/09/2009, e de seu anexo. Eis os principais trechos do parecer da CJU/MG:

(...)
70. Reitere-se: o TCU possui jurisprudência pacífica no sentido de que a Administração não poderá exigir o cadastramento no SICAF como única forma de habilitação. (...)

71. Dessa forma, exigir o cadastramento como condição de participação é mais grave, pois:

71.1. Primeiro. Ofende de forma transversa o posicionamento do TCU ao antecipar a fase da habilitação.

71.2. Segundo. Opõe-se à Lei n.º 10.520/2002 e à principal característica da modalidade pregão, qual seja a inversão de fases, onde primeiro se concorre e, posteriormente, habilita-se somente o vencedor. Exigir o cadastramento no SICAF, como condição de participação, nada mais é do que retornar à velha sistemática, em que, inicialmente, se habilitam todos os competidores, para, posteriormente, examinar-se as propostas.

(...)
73. Há conflito entre norma primária – Lei n.º 10.520/2002 – e norma secundária – Decreto n.º 5.450/2005. Declara-se, em conclusão, a ilegalidade do art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005. (...)

4. Em 23/04/2009, este Departamento dirigiu o Memorando-Circular n.º 33/2009-DECOR/CGU/AGU às Consultorias Jurídicas dos Ministérios e às Consultorias Jurídicas da União nos Estados solicitando subsídios para elaboração de parecer conclusivo sobre o tema (fls. 03).

5. Atendendo ao chamado, diversas unidades jurídicas consultivas forneceram elementos para o presente exame. Adiante, serão resumidamente apresentadas as posições por elas externadas, enfatizando-se que a ampla maioria das consultorias opinou pela ilegalidade do art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005.

6. A Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia concluiu pela ilegalidade da exigência prevista no art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005 no Parecer CONJUR/MME n.º 593/2009, de 03/12/2009 (fls. 05/10):

(...) infere-se que é ilegal a exigência contida no art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005, em razão de sua incompatibilidade com a sistemática de habilitação instituída pelas Leis n.º 8.666/93 e 10.520/02. A prévia inscrição no SICAF deve ser uma faculdade do licitante, devendo ser-lhe facultado a apresentação das certidões pertinentes por meio de envelope lacrado, a ser aberto após o julgamento das propostas na forma do art. 4.º, XII, da Lei n.º 10.520/02.

7. A Consultoria Jurídica da União no Estado de Sergipe também opinou pela ilegalidade no Parecer 15/2010-AGU/CGU/NAJ/SE/FJAP (cópia às fls. 73/75):

(...) adiro ao posicionamento (...) lançado no Parecer n.º AGU/CGU/NAJ/MG-1.086/2009-MACV, pois o termo 'dependerá' [art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005] vai além do estabelecido pelo legislador da norma primária na Lei n.º 10.520/2002.

(...)

17. Deste modo, a meu ver não deve a Administração exigir o cadastro dos interessados no SICAF, mas se deve aceitar a inscrição prévia no SICAF como prova de habilitação, pois evitar-se-ia a violação da necessária competitividade e isonomia do procedimento. Além disso, com fulcro no art. 29 da Lei n.º 8.666/93, o interessado poderá comprovar sua regularidade por meio da apresentação da documentação prevista no artigo retro.

(...)

8. Por intermédio da Nota NAJ/RECIFE/PE n.º 76/2009, a Consultoria Jurídica da União no Estado de Pernambuco informou sobre a existência de posicionamento consolidado no âmbito daquela unidade no sentido da ilegalidade do art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005 (fls. 85/88 e 90/98):

(...)

5. Pois bem, sobre o tema, o Dr. João André de Siqueira Campos Arruda, Advogado da União e membro deste Núcleo de Assessoramento Jurídico, já apontou entendimento, aprovado pela Coordenação deste Núcleo, no Parecer NAJ/Recife/PE n.º 932/2008 (...) Abaixo destacamos trecho da citada manifestação:

1.2 Da indevida exigência de cadastramento no SICAF como condição de participação no certame

Não há respaldo legal para a exigência obrigatória do cadastramento no SICAF como condição de participação (...)

Ora, o próprio Decreto n.º 3.722/2001 (alterado pelo Decreto n.º 4.485/2002) faculta ao licitante em seu art. 1.º, § 1.º utilização ou não do SICAF (...)

(...)

A nova modalidade licitatória 'pregão', instituída pela Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, também não impõe o prévio cadastramento no SICAF como condição de participação no certame, antes, considera-o facultativo, conforme se infere pela redação do art. 4.º, XIV, de modo que a imposição do cadastramento além de não ter base legal poderá dar ensejo a demandas judiciais.

9. A Consultoria Jurídica do Ministério do Esporte também entendeu pela ilegalidade da exigência de cadastramento prévio no SICAF (Parecer CONJUR/MME n.º 18/2010 – cópia às fls. 107/108).

10. Por intermédio do Parecer MP/CONJUR/AVS n.º 0006-4.3.17/2010, a Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão assim se manifestou em 07/01/2010 no sentido da ilegalidade da imposição de cadastramento prévio no SICAF (cópia juntada às fls. 113/117):

(...)

8. Observe-se, portanto, que as duas principais inovações do pregão foram a criação de uma fase de lances e a inversão das etapas da sessão pública, em contrariedade ao tradicionalmente previsto pela Lei n.º 8.666/93 para as demais modalidades de licitação (...) Nessas modalidades a habilitação jurídica dos interessados precede a aferição das propostas, enquanto no pregão a proposta de preço é conhecida antes mesmo do pregoeiro passar à verificação dos requisitos de habilitação. Fica claro, assim, que o legislador de 2002 tencionou aumentar, no pregão, a competição entre os interessados, pois deixando a habilitação para um segundo momento abre-se a oportunidade de lances a um número muito maior de interessados, o que, por preceito lógico, reduzirá o preço. (...)

9. Em todo esse procedimento vê-se, portanto, reflexos do princípio da predominância do interesse público, de maneira que a norma jurídica definidora desse rito é plenamente cogente e não pode ser olvidada nem mesmo pelo supremo mandatário da nação quando no uso de seu poder regulamentar, sob pena de afronta à separação constitucional das funções.

(...)

15. No caso presente o artigo 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/05 mostra-se em conflito material com o art. 4.º, XII, da Lei n.º 10.520/02, de maneira que deve ser negada

[Assinatura]

199
Hh

aplicabilidade à primeira norma. (...) Assim, não detectamos reparo a ser colocado na posição externada pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico de Minas Gerais – NAJ/MG. (...)

11. Por meio do Memorando n.º 006/2010-NAJ/CGU/AGU/AL, a Consultoria Jurídica da União no Estado de Alagoas também sustentou a ilegalidade do cadastramento prévio imposto pelo Decreto n.º 5.450/2005, mas recomendou a apresentação de projeto de lei para sanar tal vício (fls. 142/143):

(...) é incontestável que o § 2.º do art. 3.º do Decreto n.º 5.450/05 extrapola dos limites do poder regulamentar constitucionalmente atribuído ao Presidente da República. Isso porque tanto a Lei n.º 10.520/02 como a Lei n.º 8.666/93 utilizam expressões indicativas de que a utilização do SICAF (ou de outro sistema semelhante) é facultativa (...)

(...) o legislador quis estabelecer uma faculdade aos licitantes, ou seja, a lei permitiu que os licitantes optassem por apresentar todos os documentos de habilitação em cada uma das licitações de que participassem ou que fizessem o cadastramento no SICAF e, com isso, pudessem passar a apresentar esses documentos apenas uma vez.

5. Como a lei é hierarquicamente superior ao decreto, a meu ver, não resta dúvida de que o § 2.º do art. 3.º do Decreto n.º 5.450/05 viola o inciso XIV do art. 4.º da Lei n.º 10.520/02 e, também, o § 3.º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, esta última utilizada subsidiariamente nas licitações realizadas na modalidade pregão eletrônico.

6. Na prática, entretanto, a consulta obrigatória ao SICAF em todas as licitações, sejam elas eletrônicas ou não, contribuiria bastante para a agilidade e eficiência dos procedimentos licitatórios, já que abreviaria sensivelmente o certame. O ideal seria que a fase de habilitação dos certames licitatórios exigisse apenas a apresentação dos documentos que não são apresentados no momento do cadastramento no SICAF.

(...)

8. Portanto, neste momento, considero indiscutível que o § 2.º do art. 3.º do Decreto n.º 5.450/05 deve ser considerado ilegal por violar as Leis n.º 10.520/02 e 8.666/93. Entretanto, considero importante que a Advocacia-Geral da União sugira ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a apresentação ao Congresso Nacional de um projeto de lei para alterar as leis acima mencionadas e, com isso, possibilitar a utilização obrigatória do SICAF nas licitações promovidas pelos órgãos e entidades integrantes do Poder Executivo Federal.

12. A Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional sustentou a ilegalidade da exigência de cadastramento prévio no SICAF no Parecer CONJUR/MI n.º 89/2010 (fls. 175/178):

(...) opina-se pela ilegalidade da exigência contida no § 2.º do art. 3.º do Decreto n.º 5.450/05 (...) por conflitar com as balizas legais que impõem à Administração Pública o dever de garantir o mais amplo acesso aos procedimentos licitatórios, bem como por subverter a ordem procedimental do pregão, adotada, justamente, para ampliar e simplificar o certame. Outrossim, entende-se que o preceito regulamentar *sub exame* extrapola o exercício do poder regulamentar da Administração Pública.

13. A Consultoria Jurídica da União no Estado da Paraíba opinou pela ilegalidade do art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005 no Parecer n.º 1/2010 (cópia às fls. 186/193):

(...) no escopo do § 2.º do art. 3.º do Decreto n.º 5.450/2007, ao estabelecer o credenciamento preliminar obrigatório dos licitantes junto ao (...) SICAF, que em regra se confunde como um requisito indispensável para habilitação e acessibilidade ao certame, restou por assim introduzir no universo normativo uma exigência que está apenas facultada nas normas primárias.

(...)

(...) em comunhão com o pensamento do Núcleo de Assessoramento em Belo Horizonte, opinamos pela ilegalidade da exigência de prévio cadastramento no sistema SICAF para fins de habilitação em licitação na modalidade pregão, tipo eletrônico (...)

14. Por outro lado, duas unidades consultivas atestaram a plena compatibilidade entre o cadastramento prévio no SICAF e o ordenamento legal vigente.

15. Nesse sentido, manifestou-se em 08/01/2010, a Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades (Parecer CONJUR/MCIDADES n.º 08/2010 – cópia às fls. 101/104):





(...)

12. Esta Consultoria Jurídica entende que o Decreto n.º 5.450/2005 não extrapolou os limites do poder regulamentar expressos no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, nem tampouco contrariou as disposições da Lei n.º 10.520/2002. (...)

13. A exigência de prévio cadastramento no SICAF (...) não representa contrariar as disposições legais, nem tampouco a fase de habilitação. Ora, a Lei n.º 10.520/2002, ao disciplinar os procedimentos da fase externa do pregão e inverter as fases do certame, exige expressamente que o licitante que apresentar proposta de preço deverá declarar previamente que preenche os requisitos de habilitação previstos no edital (...)

14. Desta maneira, se a licitante deverá declarar que preenche os requisitos de habilitação, não há razão para não se cadastrar no SICAF. Ademais, o credenciamento dar-se-á pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico, o que preserva a segurança do acesso ao sistema. (...)

15. Outrossim, o inciso XIV do art. 4.º da Lei n.º 10.520/2002 (...) é expresso ao determinar que os licitantes estão dispensados de apresentar os documentos de habilitação que já constem no SICAF. Não há, pois, que se falar que a exigência do prévio cadastramento no SICAF decorre diretamente do Decreto n.º 5.450/2002, mas sim da própria Lei n.º 10.520/2002. (...)

Desta maneira, relevando o disposto no art. 4.º, incisos VII e XIV da Lei n.º 10.520/2002; que por determinação legal o licitante deverá declarar que preenche os requisitos da habilitação ao ser aberta a sessão do pregão; que o credenciamento no SICAF não antecipa o exame dos documentos da habilitação; que o SICAF não compreende todos os documentos necessários para comprovar a habilitação, mas apenas dispensa a apresentação dos documentos nele registrados; conclui-se que o prévio cadastramento no SICAF não representa ofensa à Lei n.º 10.520/2002. (...)

(...) Não cabe aos regulamentos inovar a ordem jurídica vigente, mas apenas disciplinar e esmiuçar as disposições legais, tudo com o visio de viabilizar sua efetiva e fiel aplicação, o que ocorreu no caso do art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005, posto que a exigência de credenciamento no SICAF decorre do art. 2.º, § 1.º, e art. 4.º, incisos VII e XIV, da Lei n.º 10.520/2002. (...)

16. Também pela legalidade do art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005, a Consultoria Jurídica da União no Estado do Espírito Santo assim expressou sua opinião sobre o tema no Memorando n.º 295/GAB/NAJ/ES/CGU/AGU (fls. 122/123):

(...) a obrigatoriedade estabelecida pelo § 2.º do art. 3.º do Decreto n.º 5.450/2005 é a de realizar o credenciamento no SICAF, e não de cadastramento, sendo providências distintas.

2. Entendemos, no caso, que a exigência de credenciamento do licitante, como forma de ter acesso ao sistema onde se processa o pregão eletrônico, disponibilizado em sítio na internet, não viola – *per se* – o princípio do caráter competitivo do certame, pois se trata de mero procedimento para garantir a segurança no acesso pelos licitantes e o controle do próprio processo.

3. Assim, a exigência de credenciamento no SICAF, prevista no Decreto n.º 5.450/05, não se confunde com o cadastramento como forma de viabilizar a fase de habilitação.

17. Aponta-se, por fim, que os documentos de fls. 146/171 foram equivocadamente juntados aos presentes autos, uma vez que tratam da sanção prevista no art. 7.º da Lei n.º 10.520/2002 e se referem ao Processo n.º 00402.000328/2009-40 (Memorando-Circular n.º 34/2009-DECOR/CGU/AGU, de 28/10/2009 – fls. 146).

É o relatório. Passa-se a opinar.

18. Busca-se aqui verificar se a obrigatoriedade de cadastramento prévio dos interessados em participar de pregão eletrônico no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores do Poder Executivo Federal – SICAF, na forma do art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005, é ou não juridicamente válida.



19. A fim de facilitar o presente exame, vale transcrever adiante as principais disposições da Lei n.º 10.520/2002 e do Decreto n.º 5.450/2005 concernentes ao tema:

Lei n.º 10.520/2002

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Art. 2º (VETADO)

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

(...)

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as

(...)

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

(...)

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores - Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

(...)

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

(...)

Decreto n.º 5.450/2005

Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto.

(...)

Art. 3º Deverão ser previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico a autoridade competente do órgão promotor da licitação, o pregoeiro, os membros da equipe de apoio e os licitantes que participam do pregão na forma eletrônica.

§ 1º O credenciamento dar-se-á pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico.

§ 2º No caso de pregão promovido por órgão integrante do SISG, o credenciamento do licitante, bem assim a sua manutenção, dependerá de registro atualizado no Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores - SICAF.

§ 3º A chave de identificação e a senha poderão ser utilizadas em qualquer pregão na forma eletrônica, salvo quando cancelada por solicitação do credenciado ou em virtude de seu descadastro perante o SICAF.

§ 4º A perda da senha ou a quebra de sigilo deverá ser comunicada imediatamente ao provedor do sistema, para imediato bloqueio de acesso.

§ 5º O uso da senha de acesso pelo licitante é de sua responsabilidade exclusiva, incluindo qualquer transação efetuada diretamente ou por seu representante, não cabendo ao provedor do sistema ou ao órgão promotor da licitação responsabilidade por eventuais danos decorrentes de uso indevido da senha, ainda que por terceiros.



§ 6º O credenciamento junto ao provedor do sistema implica a responsabilidade legal do licitante e a presunção de sua capacidade técnica para realização das transações inerentes ao pregão na forma eletrônica.

20. Leitura atenta dos preceitos acima indica que o art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005 contraria os incisos XII, XIII e XIV do art. 4.º da Lei n.º 10.520/2002.

21. Com efeito, a Lei n.º 10.520/2002 não estabelece que a participação em pregão eletrônico depende de registro no SICAF. Logo, seu regulamento não poderia veicular tal exigência.

22. Adere-se, desse modo, à tese inaugurada pela Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais (Memorando n.º AGU/CGU/NAJ/MG/GAB-0070/2009 e Parecer n.º AGU/CGU/NAJ/MG-1.086/2009-MACV – fls. 01/02 e 14/48), seguida, em linhas gerais, pelas Consultorias Jurídicas da União nos Estados do Sergipe, de Pernambuco, de Alagoas e da Paraíba, além das Consultorias Jurídicas dos Ministérios das Minas e Energia, do Esporte, do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Integração Nacional.

23. O que a lei prevê como possibilidade o decreto regulamentador passou a tratar como obrigação dos licitantes em clara afronta ao ordenamento.

24. Ocorrendo o apontado conflito entre o art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005 e os incisos XII, XIII e XIV do art. 4.º da Lei n.º 10.520/2002, a solução para o caso em tela é bem simples: aplica-se o critério hierárquico para solução de antinomias em favor da Lei n.º 10.520/2002, afastando-se o preceito regulamentar que irregularmente inovou na ordem jurídica.

25. Também é bom enfatizar que entender o SICAF como um cadastro obrigatório e prévio à participação no pregão eletrônico representa alterar a essência da modalidade pregão, que possui a aferição das propostas como etapa anterior à habilitação e esta só é dirigida ao vencedor da disputa. Vários órgãos jurídicos que se manifestaram nestes autos perceberam isso e repeliram tal idéia.

26. É interessante mencionar ainda que o cadastro no SICAF não é obrigatório. Já foi tratado assim na redação original do art. 1.º, § 1.º, do Decreto n.º 3.722/2001. Mas, a partir da modificação introduzida pelo Decreto n.º 4.485/2002, o texto expressamente passou a cuidar da inscrição no SICAF como uma faculdade dos licitantes. Eis o preceito citado antes e após o Decreto n.º 4.485/2002:

Decreto n.º 3.722/2001 (redação original)

Art. 1º O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF constitui-se como o registro cadastral da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dos demais órgãos ou entidades que, expressamente, a ele aderirem.

§ 1º Para qualificação e habilitação dos fornecedores nas licitações e nos contratos administrativos pertinentes à aquisição de bens e serviços, inclusive de obras e publicidade, alienações e locações, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais - SISG, é necessária prévia inscrição e regularidade cadastral no SICAF.

Decreto n.º 3.722/2001 (redação atual)

Art. 1º O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF constitui o registro cadastral do Poder Executivo Federal, na forma definida neste Decreto, mantido pelos órgãos e entidades que compõem o Sistema de Serviços Gerais - SISG, nos termos do Decreto nº 1.094, de 13 de março de 1994. (Redação dada pelo Decreto nº 4.485, de 2002)

203
ATA

§ 1º A habilitação dos fornecedores em licitação, dispensa, inexigibilidade e nos contratos administrativos pertinentes à aquisição de bens e serviços, inclusive de obras e publicidade, e a alienação e locação poderá ser comprovada por meio de prévia e regular inscrição cadastral no SICAF: (Redação dada pelo Decreto nº 4.485, de 2002)

27. A doutrina também tem combatido os diplomas infralegais que pretendem fixar a obrigatoriedade da inscrição no SICAF como condição para participação em licitações:

Na esfera federal, nada obstante o extraordinário avanço que representou a instituição do SICAF para os órgãos vinculados ao SISG, por meio da Instrução Normativa n.º 5 do antigo Ministério da Administração e Reforma do Estado, o fato é que o subitem 1.3 dessa norma não poderia restringir a participação em licitação apenas aos que estão cadastrados no SICAF, pois, excetuando-se o convite, todas as outras modalidades seriam acessíveis aos licitantes que demonstrassem possuir a habilitação exigida pela lei.¹

5.5.1) Eliminação da obrigatoriedade de cadastramento

Tópico extremamente grave era a determinação da obrigatoriedade do cadastramento no SICAF para participação em licitações e contratação, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais – SISG, que estava prevista na redação original do art. 1.º, § 1.º, do Dec. n.º 3.722. Havia ofensa aos arts. 22, §§ 1.º e 3.º, e 32 da Lei n.º 8.666. Ora, a concorrência e o convite admitem participação de licitantes não cadastrados. Depois, o cadastramento é facultativo, exceto para a hipótese de tomada de preços (ainda assim, com a faculdade de participação para não cadastrados que preencham os requisitos até três dias antes da data prevista para entrega dos envelopes). É impossível transformar todas as licitações em espécies de 'tomadas de preço'.

Esse mesmo defeito encontrava-se também no art. 3.º, caput, com a redação original do Dec. n.º 3.722, que estabelecia como obrigatória a inclusão nos atos convocatórios de cláusula prevendo a inscrição no SICAF.

O Dec. n.º 4.485 alterou de modo radical a redação desses dispositivos. Determinou que o cadastramento no SICAF passa a ser meramente facultativo. (...)²

28. Outrossim, destaca-se, como já frisado em alguns pareceres citados no relatório, que o Tribunal de Contas da União tem entendido como indevida a exigência de cadastramento prévio no SICAF para efeito de habilitação em licitação (Acórdão n.º 1070/2005 – 1.ª Câmara e Acórdão n.º 3.394/2007 – 2.ª Câmara).

29. Ante o exposto, no mesmo sentido das manifestações produzidas pela Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais, pela Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e por outras sete unidades jurídicas relacionadas no relatório desta peça, entende-se que o art. 3.º, § 2.º, do Decreto n.º 5.450/2005 é ilegal por afrontar as disposições constantes dos incisos XII, XIII e XIV do art. 4.º da Lei n.º 10.520/2002.

30. Por fim, como anotado no § 17 deste parecer, recomenda-se o desentranhamento dos documentos de fls. 146/171 e a posterior juntada aos autos do processo pertinente.

À consideração superior.


¹ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico, 2.ª edição, Editora Fórum, 2005, pp. 55-56.

² Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11.ª edição, Dialética, 2005, p. 367.





Brasília, 25 de julho de 2011.


Antonio dos Santos Neto
Advogado da União
Matrícula SIAPE n.º 1507736
OAB/DF n.º 24.052