

09/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
REDATOR DO : **MIN. LUIZ FUX**
ACÓRDÃO RISTF
REQTE.(S) : **DEMOCRATAS**
ADV.(A/S) : **CARLOS BASTIDE HORBACH E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE
SOFTWARE - ABES**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA
INFORMAÇÃO, SOFTWARE E INTERNET - ASSEPRO
NACIONAL**
ADV.(A/S) : **PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO E
OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO
DA INFORMÁTICA - IBDI**
ADV.(A/S) : **OMAR KAMINSKI**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI Nº 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, PREFERÊNCIA ABSTRATA PELA AQUISIÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. EXERCÍCIO REGULAR DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO-MEMBRO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA IMPESSOALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA

ADI 3059 / RS

ECONOMICIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre licitações e contratos administrativos respalda a fixação por lei de preferência para a aquisição de *softwares livres* pela Administração Pública regional, sem que se configure usurpação da competência legislativa da União para fixar normas gerais sobre o tema (CRFB, art. 22, XXVII).

2. A matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (CRFB, art. 61, §1º, II), sendo, portanto, plenamente suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo.

3. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não engessou a Administração Pública regional, revelando-se compatível com o princípio da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), uma vez que a regra de precedência abstrata em favor dos *softwares* livres pode ser afastada sempre que presentes razões tecnicamente justificadas.

4. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não exclui do universo de possíveis contratantes pelo Poder Público nenhum sujeito, sendo certo que todo fabricante de programas de computador poderá participar do certame, independentemente do seu produto, bastando que esteja disposto a celebrar licenciamento amplo desejado pela Administração.

5. Os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade (CRFB, arts. 37, *caput* e 70, *caput*) justificam a iniciativa do legislador estadual em estabelecer a preferência em favor de *softwares* livres a serem adquiridos pela Administração Pública.

6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de

ADI 3059 / RS

julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar improcedente o pedido formulado na ação.

Brasília, 9 de abril de 2015.

Ministro **LUIZ FUX** – Redator para o acórdão (art. 38, IV, *b*, do RISTF)

Documento assinado digitalmente

31/10/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
REQTE.(S) : **DEMOCRATAS**
ADV.(A/S) : **CARLOS BASTIDE HORBACH E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **THIAGO FERNANDES BOVERIO**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE - ABES**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, SOFTWARE E INTERNET - ASSEPRO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DA INFORMÁTICA - IBDI**
ADV.(A/S) : **OMAR KAMINSKI**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo “Democratas”, contra a Lei nº 11.871, de 19 de dezembro de 2002, do Estado do Rio Grande do Sul. Eis o inteiro teor da lei impugnada:

“Art. 1º – A administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado Rio Grande do Sul, assim como os órgãos autônomos e empresas sob o controle do Estado utilizarão preferencialmente em seus sistemas e equipamentos de informática programas abertos, livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição.

ADI 3.059 / RS

§ 1º – Entende-se por programa aberto aquele cuja licença de propriedade industrial ou intelectual não restrinja sob nenhum aspecto a sua cessão, distribuição, utilização ou alteração de suas características originais, assegurando ao usuário acesso irrestrito e sem custos adicionais ao seu código fonte, permitindo a alteração parcial ou total do programa para seu aperfeiçoamento ou adequação.

§ 2º – Para fins de caracterização do programa aberto, o código fonte deve ser o recurso preferencial utilizado pelo programador para modificar o programa, não sendo permitido ofuscar sua acessibilidade, nem tampouco introduzir qualquer forma intermediária como saída de um pré-processador ou tradutor.

§ 3º – Quando da aquisição de softwares proprietários, será dada preferência para aqueles que operem em ambiente multiplataforma, permitindo sua execução sem restrições em sistemas operacionais baseados em softwares livre.

§ 4º – A implantação da preferência prevista nesta Lei será feita de forma paulatina, baseada em estudos técnicos e de forma a não gerar perda de qualidade nos serviços prestados pelo Estado.

Art. 2º – As licenças de programas abertos a serem utilizados pelo Estado deverão, expressamente, permitir modificações e trabalhos derivados, assim como a livre distribuição destes nos mesmos termos da licença do programa original.

Parágrafo Único – Não poderão ser utilizados programas cujas licenças:

I – impliquem em qualquer forma de discriminação a pessoas ou grupos;

II – sejam específicas para determinado produto impossibilitando que programas derivados deste tenham a mesma garantia de utilização, alteração e distribuição; e

III – restrinjam outros programas distribuídos

ADI 3.059 / RS

conjuntamente.

Art. 3º – Será permitida a contratação e utilização de programas de computador com restrições proprietárias ou cujas licenças não estejam de acordo com esta Lei, nos seguintes casos:

I – quando o software analisado atender a contento o objetivo licitado ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público;

II – quando a utilização de programa livre e/ou código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado, ou órgãos autônomos e empresas sob o controle do mesmo.

Art. 4º - O Estado regulamentará as condições, prazos e formas em que se fará a transição, se necessária, dos atuais sistemas e programas de computador para aqueles previstos no art. 1º, quando significar redução de custos a curto e médio prazo, e orientará as licitações e contratações, realizadas a qualquer título, de programas de computador.

Parágrafo único – A falta de regulamentação não impedirá a licitação ou contratação de programas de computador na forma disposta na Lei.”

2. Argui o requerente que a Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, afronta o inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal. Isto por veicular (a lei sulriograndense) “*normas gerais de licitação e contratação*”, invadindo competência legislativa que a Constituição Federal conferiu, com privatividade, à União. Alega também desrespeito ao princípio constitucional da impessoalidade (*caput* e inciso XXI, ambos do art. 37). É que a lei gaúcha incidiu em preferência indevida entre fornecedores da Administração Pública. Segundo o autor, “*não pode ser*

ADI 3.059 / RS

elemento de escolha entre os concorrentes o tipo de licenciamento de seus produtos! O que importa e é lícito à Administração exigir são condições técnicas e econômicas". Ademais, a lei em xeque teria violado os princípios da economicidade e da eficiência administrativa, "pois é impossível determinar, genericamente, qual será o melhor produto ou serviço para todas as necessidades administrativas". Por fim, também resultou violado, segundo o requerente, o princípio da separação dos Poderes, porque a matéria regulada na Lei nº 11.871/2002 é de ser disposta apenas em lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (alínea "b" do inciso II do art. 61 da CF).

3. Pois bem, em despacho de fls. 77, solicitei informações aos requeridos, na forma do *caput* do art. 10 da Lei nº 9.868/99. E tanto a Assembleia Legislativa (fls. 83/96) quanto o Governador do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 130/134) postularam o indeferimento da liminar. Liminar, porém, que foi deferida por este Supremo Tribunal Federal, em 15 de abril de 2004, para suspender a eficácia da Lei estadual nº 11.871/2002, até o julgamento de mérito desta ação. Eis a ementa do acórdão por mim mesmo redigido:

“EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DE AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA COM REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL PARA DEFLAGRAR O PROCESSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM TESE. INTELIGÊNCIA DO ART. 103, INCISO VIII, DA MAGNA LEI. REQUISITO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA ANTECIPADAMENTE SATISFEITO PELO REQUERENTE. IMPUGNAÇÃO DA LEI Nº 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUIU, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUL-RIO-GRANDENSE, A PREFERENCIAL UTILIZAÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA TESE DO AUTOR QUE APONTA INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO, BEM COMO USURPAÇÃO COMPETENCIAL

ADI 3.059 / RS

VIOLADORA DO PÉTREO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECONHECE-SE, AINDA, QUE O ATO NORMATIVO IMPUGNADO ESTREITA, CONTRA A NATUREZA DOS PRODUTOS QUE LHES SERVEM DE OBJETO NORMATIVO (BENS INFORMÁTICOS), O ÂMBITO DE COMPETIÇÃO DOS INTERESSADOS EM SE VINCULAR CONTRATUALMENTE AO ESTADO-ADMINISTRAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.”

4. Continuo neste reavivar das coisas para dizer que, em despacho de fls. 197, solicitei novas informações aos requeridos, agora para julgamento de mérito (art. 6º da Lei nº 9.868/99). Apenas a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul respondeu. E o fez para defender a constitucionalidade da lei impugnada, sob os seguintes fundamentos: a) inexistiu vício de iniciativa no projeto que se transformou na Lei nº 11.871/2002, pois esta dispõe *“unicamente sobre ‘a utilização de programas de computador no Estado do Rio Grande do Sul’”*, e não sobre organização administrativa ou matéria orçamentária; b) não houve invasão da competência privativa da União para editar normas gerais de licitação e contratação, porque o Estado do Rio Grande do Sul apenas *“cuidou de estabelecer as normas específicas no que tange à aquisição de softwares”*, em obediência ao princípio geral da padronização, insculpido no inciso I do art. 15 da Lei nº 8.666/93; c) foram devidamente respeitados os princípios constitucionais da impessoalidade e da eficiência, devido a que o objetivo da lei foi o de *“padronizar a aquisição de softwares livres pela Administração estadual”*, sem que tal medida impedisse, no caso concreto, a aquisição de *“softwares proprietários”*, ou fechasse o leque de concorrentes no processo licitatório.

5. O processo, então, seguiu para a Advocacia-Geral da União, que, em manifestação de fls. 224/254, pugnou pela improcedência desta ação direta. No mesmo sentido foi o parecer do Procurador-Geral da República (fls. 256/262).

6. Por fim, registro que admiti o ingresso nos autos, na qualidade de *amici curiae*, da Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES),

ADI 3.059 / RS

da Associação Nacional das Empresas de Tecnologia da Informação, *Software e Internet* (ASSEPRO), do Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática (IBDI).

7. É o relatório.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059 RIO GRANDE DO SUL**VOTO****O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):**

Passados alguns anos do deferimento da medida cautelar nesta ação direta de inconstitucionalidade, tenho que o tema da adoção preferencial de *software* livre pela Administração Pública está a merecer atenção mais detida por parte deste Relator, em particular, e do Supremo Tribunal Federal como um todo.

9. Conforme relatado, a lei em causa, a de nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, estabeleceu que os órgãos e entidades da Administração Pública *“utilizarão preferencialmente em seus sistemas e equipamentos de informática programas abertos, livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição”* (caput do art. 1º). Após conceituar *“programa aberto”* (§§ 1º e 2º do art. 1º), a citada lei dispôs que a *“implantação da preferência (...) será feita de forma paulatina, baseada em estudos técnicos e de forma a não gerar perda de qualidade nos serviços prestados pelo Estado”* (§ 4º do art. 1º). Nessa perspectiva de evitar prejuízo à continuidade do serviço público, o art. 3º do diploma legal permitiu *“a contratação e utilização de programas de computador com restrições proprietárias”*: a) *“quando o software analisado atender a contento o objetivo licitado ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público”* (inciso I do art. 3º); b) *“quando a utilização de programa livre e/ou código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado, ou órgãos autônomos e empresas sob o controle do mesmo”* (inciso II do art. 3º).

10. Pois bem, a primeira alegação de inconstitucionalidade é a de que a lei impugnada violou a alínea “b” do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal. Isto porque o ato legislativo, fruto de iniciativa parlamentar, tratou de organização administrativa e matéria orçamentária. Temas que, segundo o requerente, sinalizam *“a competência do Chefe do Poder Executivo determinar o funcionamento da Administração*

ADI 3.059 / RS

Pública, o que, hoje em dia, não pode ser afastado da escolha da rede de ligação tecnológica interna, dos programas de computador de controle e gestão a serem utilizados” [sic].

11. Tenho que desassistir razão ao autor. Primeiro, porque a Lei nº 11.871/2002 cuida de licitação no âmbito da Administração Pública estadual, e não de matéria orçamentária, menos ainda de organização administrativa. Segundo, porque a iniciativa prevista na alínea “b” do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal foi reservada ao Presidente da República apenas por se tratar de matéria adstrita aos Territórios Federais, unidades de descentralização territorial-administrativa sabidamente inexistentes no âmbito estadual. Sendo assim, inaplicável aos Estados-membros, com suposto fundamento no princípio da simetria, a mencionada reserva de iniciativa de lei. Nesse sentido, confira-se a ADI 2.599-MC, de relatoria do Ministro Moreira Alves:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 7.616 , de 3 de janeiro de 2002, do Estado de Mato Grosso. Prorrogação de prazo. - Improcede a alegação de que a lei estadual ora atacada, por dizer respeito a matéria tributária, seria da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo Estadual pela aplicação aos Estados do disposto, no tocante ao Presidente da República, no artigo 61, § 1º, II, “b”, da Constituição, o qual seria aplicável aos Estados-membros. E improcede porque esse dispositivo diz respeito apenas à iniciativa exclusiva do Presidente da República no tocante às leis que versem matéria tributária e orçamentária dos TERRITÓRIOS.

(...).”

12. Passo agora ao segundo fundamento em que se louvou o acionante para a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 11.871/2002: o de que o Estado do Rio Grande do Sul invadiu a competência privativa da União para legislar sobre “*normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades*” (inciso XXVII do art. 22 da

ADI 3.059 / RS

CF). Também aqui penso que o juízo de inconstitucionalidade é de ser afastado. E por assim pensar, reformulo a conclusão a que provisoriamente cheguei quando do julgamento da medida cautelar. Explico-me.

13. Ao interpretar os arts. 22 e 24 da Constituição Federal, no julgamento da ADI 3.322-MC, expus a ideia de que a Magna Carta se refere a normas gerais que ora se antagonizam com normas específicas e normas gerais que têm por contraponto normas suplementares. Expliquei naquela oportunidade:

“Quando a competência legiferante é privativa da União, a Constituição diz que, mesmo sendo privativa – a competência normante da União –, a União, mediante lei complementar, poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal uma área de normação sobre questões específicas; vale dizer a matéria é de competência normativa privativa da União, mas a própria União, mediante lei federal, pode partilhar, de alguma forma, essa competência com os Estados e o Distrito Federal sobre questões específicas de tais matérias de competência privativa da União. Mas quem vai dizer o que seja questão específica é a própria União. A própria União é quem vai habilitar Estados (...) a ocupar esse espaço de normação e dizer, naquela matéria, que aspecto se contém no conceito de questão específica. Já no campo da competência normante comum, concorrente ou concomitante, o discurso da Constituição é outro. A União tem a competência para editar normas gerais, não há dúvida, mas os Estados e o Distrito Federal, por autoridade própria, sem precisar da boa vontade ou da condescendência da União, detêm, a título próprio, a competência normativa suplementar. É claro que nessa segunda dicotomia – não a primeira, normas gerais X normas específicas; agora, sim: normas gerais X normas suplementares –, nesse segundo momento, a Constituição prestigiou sobretudo o princípio federativo, e esse tipo de norma habilitadora dos Estados à prolação de normas suplementares, prestigiadora do princípio federativo, há de ser interpretada mais à solta, mais à larga com outra

ADI 3.059 / RS

particularidade: enquanto no campo das normas gerais e específicas não pode haver coincidência de área a regular (a União legisla sobre temas gerais, mas se recusa a legislar sobre aspectos específicos e, por isso, entrega a normação aos Estados), no campo das normas suplementares, é da lógica, é da natureza dessas normas que a matéria seja a mesma, porque o suplementar é o que vem por acréscimo, é o que vem para completar, é o que vem para desdobrar, é o que vem para suprir insuficiências da legislação geral.”

14. É de se questionar, então: as normas gerais de licitação e contratação, editadas pela União, têm por contraponto, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas ou normas suplementares? Resposta: **a competência que assiste aos Estados e ao Distrito Federal, em matéria de licitação, é de natureza suplementar.** Embora topograficamente inserida no art. 22 da Constituição Federal, a competência da União para legislar sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios se limita à edição de “normas gerais” (inciso XXVII do art. 22 da CF), assim como a competência legislativa de todas as matérias referidas no art. 24 da Constituição (§ 1º do art. 24 da CF). Ademais, inexistindo lei federal sobre normas gerais de licitação, ficam os Estados autorizados a exercer a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades (§ 3º do art. 24 da CF). A não ser assim, o que se tem é recusa aos Estados-membros quanto a sua própria autonomia administrativa, quebrantando o princípio federativo.¹ Marçal Justen Filho bem percebeu essa particularidade do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, *in verbis*:

1 O mesmo raciocínio se aplica à “organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares” (inciso XXI do art. 22 da CF). Compete à União dispor sobre “normas gerais”. A competência dos Estados e do Distrito Federal é suplementar, e não específica. Tanto que, na eventual ausência de lei federal sobre normas gerais, inimaginável que os Estados-membros fiquem paralisados em tema tão fundamental quanto o da segurança pública.

ADI 3.059 / RS

“(…) Rigorosamente, a disciplina do art. 22, inc. XXVII, da CF/88 não produz maiores efeitos ou inovações na sistemática geral. A União dispõe de competência para editar normas gerais – seja por força do referido art. 22, inc. XXVII, seja por efeito do art. 24. Existe a competência privativa dos entes federativos para editar normas especiais. A eventual omissão da União em editar normas gerais não pode ser um obstáculo ao exercício pelos demais entes federativos de suas competências. Assim, por exemplo, a eventual revogação da Lei nº 8.666, sem que fosse adotado outro diploma veiculador de normas gerais, não impediria que os demais entes federativos exercitassem competência legislativa plena.”²

15. Muito bem! O que tenciono, com toda essa explanação a respeito da natureza suplementar (e não específica) da competência dos Estados e do Distrito Federal em matéria de licitação e contratação, é delimitar o campo legiferante do Estado do Rio Grande do Sul quanto ao processo de aquisição de *softwares* para sistemas e equipamentos de informática dos órgãos e entidades da Administração Pública estadual. Donde a seguinte pergunta: estabelecer preferência por *softwares* livres ou abertos significa editar “*normas gerais de licitação e contratação*”?

16. A resposta é negativa. Como assentei na ADI 3.322-MC, em palavras já acima transcritas, “*enquanto no campo das normas gerais e específicas não pode haver coincidência de área a regular (a União legisla sobre temas gerais, mas se recusa a legislar sobre aspectos específicos e, por isso, entrega a normação aos Estados), no campo das normas suplementares, é da lógica, é da natureza dessas normas que a matéria seja a mesma, porque o suplementar é o que vem por acréscimo, é o que vem para completar, é o que vem para desdobrar, é o que vem para suprir insuficiências da legislação geral*”. Desde que não contrariem a legislação geral, os Estados e o Distrito Federal dispõem de um campo relativamente vasto de legiferação

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 15.

ADI 3.059 / RS

suplementar. É o caso dos autos: o § 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/93, lei que “*estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos*”, determina que, para a contratação de bens e serviços de informática, a Administração Pública adote, obrigatoriamente, o tipo de licitação técnica e preço.³ Ora, a Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, não contraria essa regra, mas apenas adiciona (suplementa) um item a ser observado, no âmbito estadual, pelos órgãos e entidades da Administração: a preferência por um programa (*software* é isso) que reúna determinadas características. Foi como procedeu a União, por sinal, ao dispor, mediante o art. 3º da Lei nº 8.248/91, que “*os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a: I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II – bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo*” (ou seja, a Lei nº 11.871/2002 dispôs, para a Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul, algo parecido com o que a Lei nº 8.248/91 estabeleceu para os órgãos e entidades da Administração Federal; **ambas as leis – a federal de nº 8.248/91 e a estadual de nº 11.871/2002 – veiculam normas suplementares às normas gerais da Lei nº 8.666/93**). Também o § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93⁴ não se opõe às normas

3 § 4º. Para contratação de bens e serviços de informática, a Administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação *técnica e preço*, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em Decreto do Poder Executivo.

4 § 2º. Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II – produzidos no País;

III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras;

IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

ADI 3.059 / RS

veiculadas pela lei gaúcha; pelo contrário, afina com o objetivo delas.

17. Em suma, a Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, não veicula normas gerais de licitação e contratação. Pelo que não invadiu a competência privativa da União, fixada no inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal. O que não garante, porém, que a lei impugnada esteja de acordo com os princípios da impessoalidade, da economicidade e da eficiência. É o que se analisará a partir de agora.

18. Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.609/98, *“programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”*. Como bem sintetizou o Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática (IBDI), *“um software é o conjunto de instruções que faz funcionar um computador ou outro equipamento eletrônico”* (fls. 334). E no que consiste o software “livre”? Valho-me, ainda uma vez, da explicação do IBDI, *in verbis* (fls. 334/335):

“Determina a Lei do Software que o direito de uso e outros direitos correlatos, de programa de computador, devam ser objetos de contrato de licença.

E é justamente quanto à modalidade de licença que se distinguem os chamados ‘softwares livres’ (também conhecidos como de código aberto) dos ‘softwares proprietários’.

A classificação do software como livre ou proprietário não depende, portanto, de uma característica do bem software em si, mas sim da amplitude com a qual os direitos de utilização daquele bem foram licenciados.

De fato, um mesmo software pode ser simultaneamente livre para alguns usuários e proprietário para outros, se houver sido licenciado a eles de forma distinta.

Será dito livre quando o licenciante conceder ao licenciado os direitos de executar o software para qualquer propósito,

ADI 3.059 / RS

estudá-lo, adaptá-lo às suas necessidades e distribuí-lo para terceiros, com ou sem modificações.

Em linhas gerais, se alguma dessas liberdades não for respeitada no licenciamento de um software, diz-se que o software é proprietário.” (grifos no original)

19. Vê-se, pois, que a diferença entre *software* “livre” e *software* “proprietário” não está em nenhuma qualidade intrínseca de qualquer das duas tipologias de programa, porém no que toca à licença de uso. O *software* é “livre”, quando o detentor do respectivo direito autoral repassa ao usuário o código-fonte do programa, permitindo que este seja livremente estudado, adaptado, alterado, distribuído, etc. E não foi outra a definição de *software* livre que adotou a Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul. Consoante o § 1º de seu art. 1º, “*entende-se por programa aberto aquele cuja licença de propriedade industrial ou intelectual não restrinja sob nenhum aspecto a sua cessão, distribuição, utilização ou alteração de suas características originais, assegurando ao usuário acesso irrestrito e sem custos adicionais ao seu código fonte, permitindo a alteração parcial ou total do programa para seu aperfeiçoamento ou adequação*”.

20. Feito esse necessário esclarecimento, retorno à seguinte questão: ao determinar que os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta do Estado do Rio Grande do Sul utilizassem “*preferencialmente em seus sistemas e equipamentos de informática programas abertos, livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição*”, a Lei nº 11.871/2002 agrediu os princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade? A lei estabeleceu tratamento diferenciado em benefício de alguns concorrentes, desequilibrando, assim, o processo licitatório?

21. Amadurecida a reflexão desde o julgamento da medida cautelar, hoje estou convencido de que a resposta é negativa. **Isto porque todos os que hajam desenvolvido um *software* e que tenham interesse em contratar com a Administração Pública podem se adequar à preferência legal. Basta que disponibilizem o código-fonte do programa.** Podem concorrer desde as conhecidas multinacionais estrangeiras até as pequenas empresas brasileiras, sem que a preferência por um *software*

ADI 3.059 / RS

“livre” seja obstáculo a nenhuma delas. Quando a Administração Pública instaura um processo licitatório para a aquisição de um programa de computador, pretende, na verdade, adquirir a **licença de uso** de um *software*, quase sempre acompanhada do suporte técnico para o efetivo funcionamento do programa nos sistemas e computadores da Administração. Ora, estabelecer preferência pelo *software* “livre” nada mais é do que escolher o **tipo de licenciamento** que melhor atenda às necessidades públicas (lembre-se: a diferença entre o *software* “livre” e o *software* “proprietário” não está no programa em si, mas no tipo de licença de uso). E o fato é que a Constituição Federal permite à Administração Pública ditar as especificações técnicas do produto a ser adquirido, nos termos da parte final do inciso XXI do art. 37 da CF, a saber:

“XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;**”

22. Vê-se, pois, que a preferência por programas abertos de computador, instituída pela Lei nº 11.871/2002 para os órgãos e entidades da Administração gaúcha, ao contrário de tolher a disputa em processo de licitação, amplia o campo de potenciais concorrentes. Como realçou o Advogado-Geral da União, *“a migração dos sistemas de informação do setor público para softwares livres aumenta a demanda desses programas, gerando, no âmbito dos Estados, especialmente daqueles em desenvolvimento e que não detêm patentes tecnológicas, um incremento das oportunidades de emprego para a população. Como já anotado, notabiliza-se que pequenas e médias empresas passam a concorrer em igualdade de condições com as grandes multinacionais, detentoras dos registros de programas proprietários”*. Acresço: num mercado

ADI 3.059 / RS

sabidamente concentracionário de poder em poucas empresas multinacionais, a utilização preferencial do *software* livre acaba por abrir com mais generosidade o leque de opções à Administração Pública e assim ampliar o próprio âmbito dos competidores.

23. O que subjaz à lei impugnada é, em rigor, uma política de incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico regional. Política em tudo compatível com o objetivo fundamental que se lê no inciso II do art. 3º da Constituição.⁵ Política pública regional que afina com a “*Política Nacional de Informática*” de que trata a Lei nº 7.232/84.⁶ Iniciativa, enfim, viabilizadora da “*autonomia tecnológica do País*” (art. 219 da CF).⁷ É dizer:

5 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

II – garantir o desenvolvimento nacional;

6 Art. 2º. A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios:

(...)

IV – proibição à criação de situações monopolísticas, de direito ou de fato;

V – ajuste continuado do processo de informatização às peculiaridades da sociedade brasileira;

VI – orientação de cunho político das atividades de informática, que leve em conta a necessidade de preservar e aprimorar a identidade cultural do País, a natureza estratégica da informática e a influência desta no esforço desenvolvido pela Nação, para alcançar melhores estágios de bem-estar social;

VII – direcionamento de todo o esforço nacional no setor, visando ao atendimento dos programas prioritários do desenvolvimento econômico e social e ao fortalecimento do Poder Nacional, em seus diversos campos de expressão;

(...)

XI – fomento e proteção governamentais dirigidos ao desenvolvimento de tecnologia nacional e ao fortalecimento econômico-financeiro e comercial da empresa nacional, bem como estímulo à redução de custos dos produtos e serviços, assegurando-lhes maior competitividade internacional.

7 A propósito, pelo Decreto nº 7.325/2010, o Presidente da República promulgou o Memorando de Entendimento entre a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e o Governo da República Federativa do Brasil. Acordo

ADI 3.059 / RS

quando a Lei nº 11.871/2002 estabelece que a Administração Pública direta e indireta do Estado do Rio Grande do Sul utilizará, preferencialmente, em seus sistemas de informática, programas com códigos-fonte abertos, o que teve em vista foi a transferência de tecnologia. Transferência muitas vezes necessária para que o Estado não fique refém dos grupos empresariais privados e, na maioria das vezes, estrangeiros. Donde Marcelo Thompson Mello Guimarães escrever⁸:

“Somente em situações anômalas, quando prejuízos elevados para o interesse público pudessem surgir como consequência, seria compreensível que os governos adiassem ou abrandassem seus processos de migração [para o *software* livre]. O que está fora de quaisquer limites aceitáveis é a persistência da situação estranha em que as entidades privadas dizem aos governos como devem contratar. É bastante enigmático por que em processos tradicionais de contratação pública governos decidem sob quais cláusulas devem alugar um edifício ou contratar um serviço, mas quando se trata de software um pequeno grupo de grandes empresas define a estrutura ‘pública’ apropriada mediante ‘contratos de licença de usuário final’. Isto é, uns poucos, que não representam o interesse da maioria, decidem que direitos o estado deve ter e negam muitas liberdades que seriam mais consentâneas com o princípio democrático.” (tradução livre)⁹

internacional que tem por objetivo “contribuir para a redução do hiato digital por meio da promoção, nos países em desenvolvimento, do uso efetivo do ‘software’ livre e aberto” (artigo I). Segundo o item 7 do artigo II do Memorando de Entendimento, “as partes procurarão prover capacitação e treinamento, tanto no nível técnico, quanto político, visando à promoção do uso e desenvolvimento de FOSS na administração pública e iniciativas de governo eletrônico”. A Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, tem a mesma base de inspiração do referido diploma internacional. Tanto a lei (implicitamente) quanto o Memorando de Entendimento (explicitamente) reconhecem “que o ‘software’ livre e aberto (FOSS) é um fator estratégico para a promoção do desenvolvimento”.

8 THOMPSON Mello Guimarães, Marcelo. The Democracy of FLOSS: Software Procurement under the Democratic Principle. *University of Ottawa Law and Technology Journal*, 2008, p. 83.

ADI 3.059 / RS

24. Daqui se segue que o estabelecimento de preferência pela utilização de programas abertos de computador nos órgãos e entidades da Administração Pública consiste em saudável e natural política pública em tema de natureza administrativa. Nessa medida, não se confunde com indevida limitação da discricionariedade do administrador. Donde o Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática (IBDI), às fls. 341, haver dito que:

“para que se possa preservar o exercício da democracia (no momento político atual, quando as sociedades fazem a transição do modelo da sociedade industrial para o modelo da sociedade da informação), é imperioso não mirar para as tecnologias que serão usadas para controlar e administrar a informação pública como sendo uma realidade que começa e acaba na lógica do mercado.

A escolha do software não é mera decisão de governo. Trata-se de decisão de Estado.

É precisamente essa qualidade que motiva a intervenção do legislativo sul-riograndense. As decisões de governo só podem se concretizar dentro de limites estreitos definidos pela legislação, no âmbito de sua competência.”

25. É bem verdade que, quando do julgamento da medida cautelar, este Supremo Tribunal Federal, ratificando o voto que eu mesmo proferi,

9 Texto original em inglês: “Only in anomalous situations, when higher harms for the public interest may arise as a consequence, would it be understandable that governments might defer or slow down their migration processes. What is not to any extent permissible is the persistence of the odd situation in which private parties tell governments how they should contract. It is quite enigmatic why in traditional public procurement processes governments decide under which clauses they should lease a building or hire a service, but when it comes to software a small group of major companies set the proper ‘public’ framework through ‘End User License Agreements’. That is to say, the few, who do not represent the interest of the many, decide for the state which rights ii shall have and deny many freedoms that would better support the democratic principle.”

ADI 3.059 / RS

entendeu presente a plausibilidade jurídica do pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 11.871/2002. Um dos fundamentos foi exatamente este: o de que a lei impugnada fazia um juízo abstrato sobre a vantagem de um determinado produto, sendo que tal juízo era de competência exclusiva do administrador público, no concreto desempenho de sua função. Manifestou-se nesse sentido, inclusive, o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em parecer de fls. 471/487, para quem apenas *“seria justificável a preferência ou a exclusividade em favor de um tipo de bem, serviço ou de um dado prestador quando, para satisfatório preenchimento da específica necessidade a ser suprida, tiver de interferir algum atributo, alguma característica ou qualidade específicos do bem, serviço ou prestador, não possuídos por outros que eventualmente pudessem com eles propor-se a concorrer”*.

26. Sucede que, aprofundando a análise da medida cautelar, tenho que existe, sim, um atributo do *software* “livre” que justifica a preferência estabelecida em lei: **a aquisição do conhecimento**. Quando a Administração Pública visa a adquirir um programa de computador, a proposta mais vantajosa será, quase sempre, aquela que lhe permita não somente usar o *software*, como também conhecer e dominar sua tecnologia. Isto tanto para viabilizar futuras adaptações e aperfeiçoamentos quanto para avaliar a **real segurança das informações públicas**. Tendo em vista essas específicas necessidades do Poder Público, **pode-se afirmar, então, que o *software* “livre” é, a princípio, mais vantajoso, devendo, portanto, ter preferência em relação ao *software* “proprietário”**.

27. Daqui se desata a conclusão de que a Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, não invade o espaço de competência que é próprio da Administração Pública. A lei em causa não predetermina o vencedor da licitação nem retira da autoridade pública o poder de ponderação das circunstâncias do caso concreto. Veja-se que o art. 3º do diploma legislativo permite *“a contratação e utilização de programas de computador com restrições proprietárias ou cujas licenças não estejam de acordo com esta lei: I - quando o software analisado atender a contento o objetivo licitado*

ADI 3.059 / RS

ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento; II – quando a utilização de programa livre e/ou código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado, ou órgãos autônomos e empresas sob o controle do mesmo”. Noutras palavras, a lei impugnada não cerceia a liberdade do administrador para adotar, no caso concreto, a solução que mais favoreça o interesse público. A preferência legal apenas exige da Administração Pública um reforço de motivação para a escolha de um *software* “proprietário”. Isto em reverência a um interesse maior, aferível abstratamente: o do desenvolvimento tecnológico inicialmente regional e, em última análise, nacional. Sabido que a própria noção de desenvolvimento está abraçada à de soberania nacional (inciso I do art. 170 da CF) e adoção de tecnologia igualmente nacional (art. 215 da CF).

28. Outro argumento que se levanta contra a constitucionalidade da Lei nº 11.871/2002 é o do desrespeito aos princípios da economicidade e da eficiência. A aquisição do *software* livre, embora menos custosa num primeiro momento, mostrar-se-ia mais dispendiosa para a Administração Pública. É que, argumenta o autor, os custos de migração dos sistemas e de treinamento dos usuários são bem menores quando se trata de *software* “proprietário”, já difundido comercialmente. Isto sem falar na necessidade de oferecimento de garantias, o que os pequenos desenvolvedores de *software* “livre” não assegurariam fornecer. Mas o argumento não prospera. É que o *software* “livre”, assim como o “proprietário”, constitui-se num produto “acabado”, profissional. Ao adquirir um programa de computador “aberto”, a Administração Pública não está a contratar um produto experimental, menos ainda um serviço a cargo de amadores ou curiosos do ramo. **Pelo que as mesmas garantias que se exigem das grandes empresas detentoras dos direitos autorais de softwares “proprietários” são requeridas para o correto funcionamento e manutenção dos softwares “livres”.** Já quanto aos custos de migração de sistemas e de treinamento de usuários, eles também existem para a implantação e a atualização de *softwares* “proprietários”. **E se tais custos**

ADI 3.059 / RS

são, eventualmente, maiores para operacionalizar softwares “livres”, isto se deve exatamente ao fato de que muitos órgãos e entidades da Administração Pública terminaram reféns dos programas “fechados”. No ponto, realço a precisa manifestação do Advogado-Geral da União (fls. 251), *in verbis*:

“Vale apontar, ainda, que, em eventual inadimplemento do contratado pela Administração – para exemplificar, suponha-se que se negue a proceder à manutenção convencional do programa adquirido –, apenas o *software* livre permitiria a encampação de que fala o art. 58, V, da Lei nº 8.666/93. O segredo que permeia o código dos programas proprietários poderia comprometer, na hipótese, a continuidade do serviço público, o que, por certo, não sucederia com aqueles abertos.

A propósito, um dos obstáculos que alguns menos avisados levantam contra a economicidade e a eficiência da utilização de *softwares* livres pela Administração refere-se a uma suposta ausência de responsável por ocasionais vícios ou falhas dos sistemas. Trata-se de premissa equivocada, pois, ao licitar a aquisição de programas, o Estado poderá valer-se da faculdade de exigir do respectivo distribuidor as garantias necessárias à plena execução do objeto, nos termos do art. 54, VI, da Lei 8.666/93.”

29. Patente, portanto, que a Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, não violou os princípios constitucionais da economicidade e da eficiência. Seja porque a eficiência se mede, não somente pelo custo do produto ou serviço, como também pela segurança dos dados públicos inseridos nos sistemas informatizados e ainda pela aquisição imaterial do conhecimento tecnológico, seja porque a lei em causa não fecha as portas à contratação de “*programas de computador com restrições proprietárias*”, quando determinado *software* tiver “*reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público*” (inciso I do art. 3º).

ADI 3.059 / RS

30. Por fim, é necessário salientar que o diploma legislativo em foco sequer limita o direito autoral, garantido pelo inciso XXVII do art. 5º da Constituição. Aqui nem se discute que pertence aos autores o direito exclusivo de utilização e reprodução dos programas de computador. Esses mesmos autores são também livres para definir os termos de licenciamento de uso dos respectivos *softwares*, se lhes for interessante comercializá-los. **Sucedo que a Administração Pública também dispõe do poder de ditar as características do produto ou serviço de que necessita (aliás, como qualquer consumidor).** Ora, se o Poder Público pretende adquirir um *software*, desde que lhe seja franqueado amplo acesso ao código-fonte, bem como permitido seu conhecimento, alteração e livre distribuição, os detentores dos direitos autorais simplesmente negociam seus preços. **A Administração, portanto, paga pela transferência de tecnologia por si mesma, o que nada mais é do que respeito ao direito fundamental dos autores.**

31. Nesse fluxo de ideias, se, por um lado, os criadores de *softwares* não têm qualquer obrigação em compartilhar o uso de seus inventos, por outro lado a Administração Pública não está obrigada a aceitar qualquer condição unilateralmente imposta pelos detentores dos direitos autorais¹⁰ (o comprador diz o que precisa comprar e como se dispõe a fazê-lo, enquanto o vendedor diz por que preço entregará o seu produto).

32. Ante o exposto, **casso a medida cautelar e julgo improcedente a ação direta.**

33. É como voto.

10 Veja-se, inclusive, o que estabelece a Lei nº 8.666/93: “Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.”

31/10/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
REDATOR DO ACÓRDÃO RISTF : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **DEMOCRATAS**
ADV.(A/S) : **CARLOS BASTIDE HORBACH E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE - ABES**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, SOFTWARE E INTERNET - ASSEPRO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO E OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DA INFORMÁTICA - IBDI**
ADV.(A/S) : **OMAR KAMINSKI**

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, também trouxe aqui um debate acerca do tema, mas, como não há advogados presentes para a sustentação neste processo, e há vários advogados para sustentação no processo subsequente... Em termos de metodologia, peço vista antecipada para dar ensejo à chamada do processo seguinte.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S) : DEMOCRATAS

ADV.(A/S) : CARLOS BASTIDE HORBACH E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : THIAGO FERNANDES BOVERIO

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE - ABES

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, SOFTWARE E INTERNET - ASSEPRO NACIONAL

ADV.(A/S) : PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DA INFORMÁTICA - IBDI

ADV.(A/S) : OMAR KAMINSKI

Decisão: Após o voto do Relator, Ministro Ayres Britto (Presidente), julgando improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 31.10.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Sub-Procurador-Geral da República, Dr. Francisco Sanseverino.

p/Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

09/04/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059 RIO GRANDE DO SUL

V O T O V I S T A

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM), tendo por objeto a Lei estadual nº 11.871, de 19 de dezembro de 2002, do Rio Grande do Sul, que estabeleceu um regime de preferência abstrata em favor de *softwares* livres quando da aquisição pela Administração Pública de programas de computador.

Sustenta o requerente que o referido diploma legal padece de inconstitucionalidade formal, uma vez que o Estado-membro não detém competência para legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, inciso XXVII, CRFB). Aduz ainda que o processo de elaboração da Lei estadual nº 11.871/2002 se encontra viciado já que leis que disponham sobre organização administrativa e matéria orçamentária são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, §1º, inciso II, *b*, CRFB).

No plano material, alega que o diploma normativo vergastado colide com os princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência e economicidade, argumentando, quanto a esses dois últimos, que:

“(…) é importante ressaltar que o princípio da economicidade muito se liga ao da eficiência, previsto no art. 37 da CF/88, pois menor custo, idéia mais ligada à economicidade, não pode estar alheio à qualidade, ao objetivo perseguido. Ou seja, a conjunção dos dois princípios leva à escolha, pela Administração Pública, daquele produto ou serviço que, dentro de um custo o mais baixo possível, atenda, satisfatoriamente, às exigências de determinado caso concreto”.

ADI 3059 / RS

Quanto ao princípio da impessoalidade, o autor averba o seguinte:

“Percebe-se, ao analisar a idéia implícita no princípio da impessoalidade, que ele afasta qualquer hipótese de estabelecimento de parcialidade, de privilégio, ou seja, de preferência entre cidadãos, sejam eles consumidores ou fornecedores da Administração Pública.

Igualdade de condições implica, logicamente, impossibilidade de estabelecimento de preferência entre concorrentes pela Administração Pública, quanto menos ainda por lei.

(...)

É justamente esse o significado do inciso XXI do art. 37, quando assegura igualdade de condições a todos os concorrentes em uma licitação, somente sendo lícitas exigências de qualificação técnica e econômica, jamais referentes à forma do exercício do direito — ressalte-se — constitucional autoral. Sim, pois não pode ser elemento de escolha entre os concorrentes o tipo de licenciamento de seus produtos! O que importa e é lícito à Administração exigir são condições técnicas e econômicas. Tudo diferente disso representará privilégio e exigências absolutamente inconstitucionais, como ocorre com a lei gaúcha *sub judice*”.

Em sede de informações, o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul rechaçou a tese articulada na inicial, defendendo integralmente a higidez da norma combatida.

Também o fez o Governador do Estado do Rio Grande do Sul, buscando afastar a acusação de que a Lei nº 11.871/2002 seria ofensiva do art. 37, inciso XXI, da Constituição Republicana de 1988. Daí ponderar que a norma em causa não visou a restringir a participação dos interessados nos certames promovidos pelos órgãos integrantes da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Rio Grande do Sul. O que fez foi apenas indicar os produtos que, preferencialmente, deverão

ADI 3059 / RS

ser utilizados pelo Poder Público.

A Advocacia-Geral da União, instada a se manifestar na forma do art. 103, §3º, da Constituição, pugnou pela improcedência do pedido e consequente declaração da constitucionalidade da Lei gaúcha nº 11.871/2002.

A Procuradoria-Geral da República oficiou no feito na qualidade *custos legis*, opinando pela improcedência do pedido em parecer assim ementado:

“Lei nº 11.871, de 19/12/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, que “dispõe sobre a utilização de programas de computador no Estado do Rio Grande do Sul”. Medida Liminar deferida. Não trata de licitação, a lei apenas autoriza o Poder Público a utilizar programas livres, quando lhe forem oportunos e convenientes, e oferecerem mais vantagens que os programas comerciais. Parecer pela improcedência da declaração de inconstitucionalidade”.

Na sessão de 15 de abril de 2004, o pleito liminar foi apreciado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Preliminarmente, o Tribunal afastou o pedido de diligência suscitado pelo Min. Joaquim Barbosa, com base no § 1º do art. 9º da Lei 9.868/99, por entendê-la desnecessária na espécie, vencidos, no ponto, os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence.

Em seguida, o Tribunal deferiu o pedido de cautelar e sustou os efeitos da Lei nº 11.871/2002, até o julgamento final da ação direta, entendendo caracterizada, em sede de cognição sumária, a plausibilidade jurídica da tese de inconstitucionalidade sustentada pelo autor da ação. Eis a ementa da decisão liminar:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE

ADI 3059 / RS

INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DE AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA COM REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL PARA DEFLAGRAR O PROCESSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM TESE. INTELIGÊNCIA DO ART. 103, INCISO VIII, DA MAGNA LEI. REQUISITO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA ANTECIPADAMENTE SATISFEITO PELO REQUERENTE. IMPUGNAÇÃO DA LEI Nº 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUIU, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUL-RIO-GRANDENSE, A PREFERENCIAL UTILIZAÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA TESE DO AUTOR QUE APONTA INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO, BEM COMO USURPAÇÃO COMPETENCIAL VIOLADORA DO PÉTREO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECONHECE-SE, AINDA, QUE O ATO NORMATIVO IMPUGNADO ESTREITA, CONTRA A NATUREZA DOS PRODUTOS QUE LHE SERVEM DE OBJETO NORMATIVO (BENS INFORMÁTICOS), O ÂMBITO DE COMPETIÇÃO DOS INTERESSADOS EM SE VINCULAR CONTRATUALMENTE AO ESTADO-ADMINISTRAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

(ADI-MC nº 3.059, rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2004, DJ 20-08-2004)

Posteriormente, na assentada de 31 de outubro de 2012, o Min. relator Ayres Britto trouxe o feito a julgamento para decisão definitiva da Corte. **Mudando a orientação inicial de seu voto**, o Min. Ayres Britto votou pela **improcedência do pedido** de declaração de inconstitucionalidade, com a conseqüente cassação da decisão liminar já concedida. Sua nova visão assentou-se em algumas premissas importantes para o presente julgamento. Passo a enumerá-las:

(i) **A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande Sul não viola o art. 61, inciso II, b, CRFB**, na medida em que versa tema de licitação no

ADI 3059 / RS

âmbito da Administração Pública estadual, e não de matéria orçamentária, menos ainda de organização administrativa. Ademais, a iniciativa legislativa prevista no aludido dispositivo constitucional foi reservada ao Presidente da República apenas por se tratar de matéria adstrita aos *Territórios Federais*, unidades de descentralização territorial-administrativa sabidamente inexistentes no âmbito estadual. Sendo assim, inaplicável aos Estados-membros, com suposto fundamento no princípio da simetria, a mencionada reserva de iniciativa de lei;

(ii) A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande Sul não ofende o art. 22, inciso XXVII, da CRFB, uma vez que não contraria as normas gerais sobre licitações e contratações públicas em vigor, *“mas apenas adiciona (suplementa) um item a ser observado, no âmbito estadual, pelos órgãos e entidades da Administração: a preferência por um programa (software é isso) que reúna determinadas características”*.

(iii) A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande Sul não desrespeita os princípios constitucionais da impessoalidade, da economicidade e da eficiência. Isso porque, em primeiro lugar, a regra não restringe o caráter competitivo do certame licitatório, mas, ao contrário, o amplia, uma vez que *“num mercado sabidamente concentracionário de poder em poucas empresas multinacionais, a utilização preferencial do software livre acaba por abrir com mais generosidade o leque de opções à Administração Pública e assim ampliar o próprio âmbito de competidores”*. Ademais, a *“lei em causa não predetermina o vencedor da licitação nem retira da autoridade pública o poder de ponderação das circunstâncias do caso concreto”*, já que seu art. 3º autoriza expressamente a contratação de *software* proprietário, desde que justificadamente. Por fim, a preferência pelo programa com código-fonte aberto não implica maiores custos para a Administração, porquanto *“as mesmas garantias que se exigem das grandes empresas detentoras dos direitos autorais de softwares ‘proprietários’ são requeridas para o correto funcionamento e manutenção dos softwares ‘livres’”*, evitando ainda que o Poder Público ficasse refém dos programas “fechados”.

ADI 3059 / RS

É o relatório do ocorrido até o momento. Passo a votar.

Inicialmente impõe-se ressaltar que o tema em discussão é de significativa complexidade técnica, cujo enfrentamento jurídico não dispensa a incursão pelos domínios conceituais da tecnologia da informação. Não por outra razão os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence, na assentada de 15 de abril de 2004, em que esta Corte deferiu o pedido liminar articulado pelo requerente, suscitaram a suspensão do julgamento e conversão do feito em diligência, de sorte a colher de especialistas contribuições quanto às noções de *software* livre e *software* proprietário.

De todo modo, a instrução do presente feito culminou com robusto aporte de informações técnicas que hoje nos permitem firmar posição jurídica, em definitivo e com maior segurança, quanto à constitucionalidade da Lei gaúcha nº 11.871/2002.

Antes, porém, que se passe ao exame das impugnações articuladas pelo partido requerente, necessário estabelecer certas premissas conceituais indispensáveis.

Software é o termo anglo-saxônico que designa “*programa de computador*”. Na legislação brasileira, “*programa de computador*” é “*a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados*” (art. 1º, da Lei nº 9.609/98, que disciplina a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sua comercialização no País). Em resumo, *software* é rótulo empregado para designar o conjunto de comandos que permitem o funcionamento de computadores e máquinas em geral.

ADI 3059 / RS

Na hipótese dos autos, importa distinguir os *softwares* livres dos *softwares* proprietários. Adiante-se que o critério orientador do discrimen não tem que ver com o produto em si mesmo considerado, *i.e.*, com suas características e funcionalidades intrínsecas. Também não diz respeito à onerosidade/gratuidade da sua aquisição.

Na realidade, a diferença repousa na amplitude dos direitos licenciados ao destinatário do produto. Enquanto os *softwares* proprietários (também conhecidos como fechados) apenas permitem a utilização pelo seu destinatário, os *softwares* livres (cognominados abertos) viabilizam, além da utilização, a sua cópia, sua alteração e a sua redistribuição. Nesse sentido dispõe o Guia Livre – Referência de Migração para Software Livre do Governo Federal, organizado pelo Grupo de Trabalho Migração para Software Livre junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, *verbis*:

“Software Livre é o software disponibilizado, gratuitamente ou comercializado, com as premissas de liberdade de instalação; plena utilização; acesso ao código fonte; possibilidade de modificações/aperfeiçoamentos para necessidades específicas; distribuição da forma original ou modificada, com ou sem custos. Essa definição salienta que é importante ‘[...] não confundir software livre com software grátis porque a liberdade associada ao software livre de copiar, modificar e redistribuir, independe de gratuidade. Existem programas que podem ser obtidos gratuitamente mas que não podem ser modificados, nem redistribuídos’.”

Assim também se manifesta a Fundação Software Livre - América Latina:

“‘Software Livre’ é uma questão de liberdade, não de preço. (...). ‘Software livre’ se refere à liberdade dos usuários executarem, copiarem, distribuírem, estudarem, modificarem e aperfeiçoarem o software. Mais precisamente, ele se refere a

ADI 3059 / RS

quatro tipos de liberdade, para os usuários do software:

A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito (liberdade nº 0)

A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo para as suas necessidades (liberdade nº 1). Acesso ao código-fonte é um pré-requisito para esta liberdade.

A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao seu próximo (liberdade nº 2).

A liberdade de aperfeiçoar o programa, e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie (liberdade nº 3). Acesso ao código-fonte é um pré-requisito para esta liberdade.

(cf. *O que é software livre?*, disponível em <http://www.fsfla.org/svnwiki/about/what-is-free-software.pt.html>, acesso em 18.06.2012).

Um mesmo programa de computador pode configurar-se como *software* livre ou proprietário, a depender da extensão dos direitos conferidos ao seu usuário no contrato de licenciamento. A distinção é, portanto, exterior ao produto. Diz respeito à formatação jurídica da licença, ou seja, à extensão dos poderes facultados ao licenciado pelo negócio jurídico que possibilita acesso ao programa de computador.

Assim compreendida a questão, voltem-se os olhos para a espécie em análise.

A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul criou regra de preferência para a aquisição de *softwares* livres por parte da Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional daquela entidade federativa, assim como os órgãos autônomos e empresas sob o controle do Poder Público estadual. A preferência, no entanto, foi apenas relativa porque a própria Lei, em seu artigo 3º, admitiu a contratação de programas de computador com restrições proprietárias, nas hipóteses específicas que arrola, quais sejam (*i*) quando o *software* analisado atender a contento o objetivo licitado ou contratado, com reconhecidas vantagens

ADI 3059 / RS

sobre os demais *softwares* concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público; e (ii) quando a utilização de programa livre e/ou código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado, ou órgãos autônomos e empresas sob o controle do mesmo.

Pois bem. Na presente ação direta, o partido requerente aponta diversos vícios, formais e materiais, que estariam a contaminar a Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul. Enumero-os:

(i) *vício de forma* por violação ao art. 22, XXVII, da Constituição da República, que dispõe ser competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitações e contratações públicas, categoria em que se enquadraria a preferência abstrata em favor dos *softwares* livres;

(ii) *vício de forma* por desrespeito ao princípio da Separação de Poderes (CRFB, art. 2º) e ao devido processo legislativo por vício de iniciativa, porquanto a Lei gaúcha nº 11.871/2002, fruto de projeto de iniciativa do Deputado estadual Elvino Bohn Gass, teria disciplinado matéria de organização administrativa e orçamentária, assuntos de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, consoante o art. 61, II, *b*, da CRFB;

(iii) *vício material* por ultraje aos princípios da eficiência e da economicidade (CRFB, arts. 37, *caput* e 70, *caput*), na medida em que “*toda e qualquer preferência estabelecida por lei a um determinado concorrente ou produto para contratações administrativas, é absolutamente alheia às peculiaridades que cada caso concreto (...)*”, o que torna “*impossível determinar, genericamente, qual será o melhor produto ou serviço para todas as necessidades administrativas, e para todos os entes da Administração Direta e Indireta!*”;

(iv) *vício material* por afronta ao princípio da impessoalidade (CRFB, art. 37, *caput*), que afastaria qualquer regra de preferência entre os cidadãos, sejam eles consumidores ou fornecedores da Administração Pública;

ADI 3059 / RS

As impugnações, porém, não merecem prosperar.

Quanto ao *primeiro* argumento ventilado na peça vestibular, é de se ver que a preferência legal para a aquisição de *softwares* livres pela Administração Pública não configura usurpação da competência legislativa exclusiva da União prevista no art. 22, XXVII, da Constituição da República.

Assento, desde logo, a existência de competência legislativa suplementar dos Estados-membros para dispor sobre licitações e contratos administrativos, a despeito de a temática não constar expressamente do rol de competências legislativas concorrentes previsto no art. 24 da Constituição de 1988. Na esteira do voto já proferido pelo i. Min. relator, *“embora topograficamente inserida no art. 22 da Constituição Federal, a competência da União para legislar sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados Distrito Federal e Municípios se limita à edição de ‘normas gerais’ (inciso XXVII do art. 22 da CF), assim como a competência legislativa de todas as matérias referidas no art. 24 da Constituição (§1º do art. 24 da CF)”*. Daí por que a falta de previsão expressa no art. 24 da CRFB não representa impedimento constitucional à atividade legiferante dos entes federativos sobre a matéria de licitações e contratos administrativos, como aliás já placitou a jurisprudência desta Corte no julgamento do *leading case* sobre o assunto. Confirmam-se, nesse sentido, as palavras pedagógicas do Min. Carlos Velloso, então relator da ADI-MC nº 927:

“Registre-se, entretanto, que a competência da União é restrita a normas gerais de licitação e contratação. Isto quer dizer que os Estados e os Municípios também têm competência para legislar a respeito do tema: a União expedirá as normas gerais e os Estados e Municípios expedirão as normas específicas”.

Sedimentada esta premissa quanto ao caráter concorrente da

ADI 3059 / RS

competência legislativa em questão, resta definir os *limites* que demarcam os espaços próprios de cada ente federativo. Para tanto a Constituição erigiu o critério das “normas gerais”, reservando-as à União, pelo que, ao mesmo tempo, assegurou aos demais entes campo suficiente para o exercício de sua autonomia mediante atuação suplementar.

O conceito de “norma geral” é essencialmente fluido, de fronteiras incertas, o que, embora não o desautorize como parâmetro legítimo para aferir a constitucionalidade de leis estaduais, distritais e municipais, certamente requer maiores cautelas no seu manejo. Isso porque a amplitude com que a Suprema Corte define com conteúdo do que sejam “normas gerais” influi decisivamente sobre a experiência federalista brasileira. Qualquer leitura maximalista do aludido conceito constitucional milita contra a diversidade e a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo, em flagrante contrariedade ao pluralismo que marca a sociedade brasileira. Contribui ainda para asfixiar o experimentalismo local tão caro à ideia de federação. Nesse cenário, é preciso extrema cautela na árdua tarefa de densificar o sentido e o alcance da expressão “normas gerais”, limitando a censura judicial às manifestações nitidamente abusivas de autonomia.

In casu, não se verifica qualquer abuso. É que, como visto, a preferência pelo *software* livre não traduz qualquer vantagem para determinado produto. Na realidade, por “software livre” quer-se designar apenas um *arranjo contratual* específico de licenciamento, e não certo bem material ou imaterial. Arranjo esse que, como se verá, tende a, em regra, potencializar as vantagens da contratação para a Administração Pública, o que, *per se*, justifica sua preferência em abstrato.

De todo modo, veja-se que a opção, em abstrato, por determinado tipo de avença não configura norma geral. É que a definição do contrato adequado para a satisfação do interesse público consubstancia matéria que pode ser definida diretamente pelo edital de abertura do

ADI 3059 / RS

procedimento. É lícito e legítimo que o Poder Público opte por adquirir licenças de *software* livre ao invés de *software* proprietário, desde que identifique maior idoneidade e economicidade da primeira opção na busca do atingimento do interesse público. Seria plenamente válido que a Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul optasse por contratar apenas licenças amplas, que permitissem ao Poder Público obter acesso ao código-fonte dos programas de computador adquiridos. Não há nada que impeça a Administração a preferir um tipo de contrato a outro. Como pontuou o Min. Ayres Britto, “a Administração dispõe do poder de ditar as características do produto ou serviço de que necessita (aliás, como qualquer consumidor)”.

Ora, se a opção pode ser feita por ato administrativo, pode ser feita por lei estadual sem que isso importe usurpação de competência legislativa da União para editar normas gerais sobre o tema. E a razão aqui é óbvia: se o ordenamento jurídico se articula em forma de pirâmide, são as normas gerais editadas pela União que, em matéria de licitações e contratos administrativos, vinculam, logo após a Carta Constitucional, todas as demais condutas dos poderes constituídos nesse campo temático. Seria, portanto, um contrassenso admitir que a Administração pudesse realizar licitação com o objetivo de contratar exclusivamente *software* livre, mas a lei local, que se sobrepõe hierarquicamente ao edital (enquanto mero ato administrativo), não pudesse impor obrigatoriedade nesse mesmo e exato sentido. O que é vedado por “norma geral” impede tanto a atuação do legislador local como a do administrador local. Não faz sentido embargar apenas aquele e não este, sobretudo em virtude da posição hierárquica que cada qual desfruta na teoria das fontes.

Aliás, como já havia sido argutamente apontado pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento da medida cautelar, há evidente contradição ao se afirmar que a preferência em favor de *software* livre representa norma geral e, ao mesmo tempo, reputar-se como indevida a aludida generalização por desconsiderar as peculiaridades do caso

ADI 3059 / RS

concreto. Em suas palavras:

“Sr. Presidente, acompanho o Relator no puro e estrito campo deste juízo de delibação da plausibilidade dos fundamentos da argüição de inconstitucionalidade. Com todas as vênias de Sua Excelência, creio que seu brilhantíssimo voto adota dois fundamentos que me deixam um tanto perplexo. De um lado, que a opção objetiva não por um produto, o que seria gritantemente inconstitucional, mas por um determinado tipo de produto, só poderia ser versada na lei federal; portanto, seria norma geral sobre licitação. Mas, depois, Sua Excelência avança para dizer que o problema exigiria exame caso a caso pela Administração. Parece-me que os dois fundamentos coabitam mal”.

Não fosse isso bastante para refutar os argumentos do partido requerente, entendo suficientes para afastar qualquer ofensa ao art. 22, XXVII, da CRFB, as razões apresentadas pela Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul no sentido de que a Lei gaúcha nº 11.871/2002 apenas concretizaria o princípio da padronização já insculpido no art. 15, inciso I, da Lei federal nº 8.666/93, cuja redação entoa o seguinte:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

Nas palavras da Casa legislativa estadual, “a Lei nº 8.666/93 instituiu, no art. 15, a norma geral do princípio da padronização, e a Lei nº 11.871/2002, por seu turno, prescreveu as normas especiais concernentes a este princípio quando se tratar da aquisição de softwares”. Há razoabilidade na afirmativa. Se a lei geral de licitações determina que a aquisição de bens pela Administração deva primar pela padronização, a lei estadual aqui questionada nada mais fez do que concretizar esse mandamento

ADI 3059 / RS

legislativo de alcance nacional. A lei questionada apenas identificou o padrão (*software* livre).

Para que a padronização contratual imposta por lei de estados-membros ou municípios violasse norma geral, necessário seria que o tipo de negócio escolhido fosse, em si, ultrajante à disciplina cogente da União. E isso não ocorre. Soa absurdo afirmar que as normas gerais de licitação hoje existentes impedem a realização de certame cujo objeto seja contratação exclusiva de licença ampla e irrestrita (*software* livre). Primeiro porque não existe qualquer regra expressa ou implícita nesse sentido. Segundo porque é legítimo que o Poder Público queira valer-se das inegáveis vantagens associadas ao modelo de licenciamento amplo, que permitem a transferência de tecnologia em proveito do interesse público.

Em suma, sob o escrutínio estrito do conceito de normas gerais, o que se pode fazer por edital, em todos os casos, também pode ser imposto por lei, abstratamente, a todos os casos.

Importante notar que a própria Advocacia-Geral da União, ao manifestar-se em cumprimento do art. 103, §3º, da Constituição da República, pugna pela constitucionalidade da lei estadual gaúcha, não vislumbrando qualquer usurpação de competência federal. Trago à colação trecho esclarecedor do substancioso parecer acostado aos autos:

“A opção da Administração Pública pelos programas abertos norteia-se por uma série de fatores contingenciais e muito particulares, como, por exemplo, a existência e os recursos humanos, a proximidade do suporte tecnológico, tudo apontando para predominância do interesse local, o que força concluir que compete ao Estado ou ao Município disciplinar a matéria, independentemente de prévia legislação da União.

Ratificando esse entendimento, vale a lembrança de que parte significativa dos projetos relacionados ao emprego de

ADI 3059 / RS

softwares livres pelo setor público e que se encontram em tramitação no Congresso Nacional não se referem aos Estados nem ao Distrito Federal, tampouco aos Municípios, mas apenas a União” (fls. 243-244).

Revelo aqui uma preocupação: se não for dado aos Estados-membros definir quais contratos de programas de computador serão preferíveis para equipar a respectiva estrutura administrativa, sobre o que o legislador local poderá dispor no campo das licitações e contratos administrativos? Receio que estejamos caminhando no sentido oposto aos valores de autonomia e pluralismo que habitam o coração do regime federativo, ao amesquinhar a competência legislativa dos Estados-membros, atribuindo-lhes o papel de disciplinar apenas miudezas sem qualquer importância.

Daí por que não vislumbro, na espécie, qualquer abuso do Estado-membro que, sob o ângulo do regime federativo brasileiro, especialmente do comando encartado no art. 22, XXVII, da Constituição, mereça reparo judicial. A Lei gaúcha impugnada não usurpa competência legislativa privativa da União.

O requerente aduz, em seguida, um *segundo* argumento de índole *formal*, no sentido de que a Lei nº 11.871/2002 afronta o princípio constitucional da Separação de Poderes (CRFB, art. 2º), bem como viola o devido processo legislativo por de vício de iniciativa. Isso porque, em primeiro lugar, aferição da real vantagem de determinado contrato de licenciamento (livre ou proprietário) para a Administração dependeria da análise de circunstâncias do caso concreto, a serem aquilatadas pelos gestores públicos em cada circunstância com que se depararem, e não abstratamente pelo legislador. Em segundo lugar, porque a Lei nº 11.871/2002 foi resultante do projeto de iniciativa do Deputado estadual Elvino Bohn Gass, embora a matéria de licitações e contratos públicos seja, segundo sustenta, pertinente à organização administrativa e orçamentária, assuntos esses de iniciativa legislativa privativa do Chefe

ADI 3059 / RS

do Poder Executivo, consoante o art. 61, §1º, II, b, da CRFB.

Ambas as impugnações devem ser rejeitadas.

De plano, não vislumbro, na espécie, qualquer excesso por parte do legislador estadual. A Lei nº 11.871/2002 não engessou a Administração Pública, impondo ao gestor diretriz incontornável de ação. O que fez foi simplesmente criar regra de precedência abstrata e condicionada em favor dos *softwares* livres, os quais, *in concreto*, podem vir a ser preteridos por decisão administrativa que, tecnicamente justificada, reconduza-se aos motivos indicados no art. 3º da própria Lei. A decisão final compete ao administrador que é justamente quem, além de desfrutar de maior *expertise*, confronta-se com as nuances do caso concreto. Veja-se a redação do dispositivo:

Art. 3º- Será permitida a contratação e utilização de programas de computador com restrições proprietárias ou cujas licenças não estejam de acordo com esta Lei, nos seguintes casos:

I – quando o software analisado atender a contento o objetivo licitado ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público;

II – quando a utilização de programa livre e/ou código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado, ou órgãos autônomos e empresas sob o controle do mesmo.

A engenhosidade da Lei gaúcha provém da realocação do ônus de justificação inerente às opções administrativas, sem que isso represente supressão de liberdade decisória. Como a regra passa a ser o licenciamento amplo e irrestrito de *softwares*, a Administração terá de demonstrar, em cada caso, por que as razões abstratas que militam a favor da sua contratação não se apresentam concretamente. Não há aí,

ADI 3059 / RS

portanto, qualquer avanço desmedido do Legislador sobre a Administração.

Outrossim, o tema versado na Lei estadual nº 11.871/2002 não é reservado à iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Com efeito, o art. 61, § 1º dispõe, *verbis*:

Art. 61. [...]

§1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Como se percebe, a matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, sendo, portanto, plenamente suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo.

ADI 3059 / RS

Não convence, ademais, o argumento de que as licitações e os contratos administrativos são relacionados com a organização da Administração Pública. Cuida-se de matéria que não trata da organização da máquina administrativa em si, mas da disciplina das contratações públicas, questão que, à toda evidência, transcende a mera estruturação do Poder Executivo. A rigor, as normas sobre licitações e contratos administrativos relacionam-se intrinsecamente com o controle da Administração Pública, uma das funções precípua do próprio Poder Legislativo. Nota-se claramente a distinção entre esta matéria e, por exemplo, a definição do regime jurídico dos servidores públicos ou a estrutura dos Ministérios de Estado – estas, sim, próprias da organização do Executivo e, portanto, submetidas à iniciativa privativa do respectivo Chefe do Poder.

Ademais, é impertinente a invocação, pelo partido requerente, do art. 61, §1º, II, *b*, da CRFB. É que, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o aludido dispositivo aplica-se somente aos Territórios:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. NORMA CONSTITUCIONAL ESTADUAL QUE DESTINA PARTE DAS RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS A ENTIDADES DE ENSINO. ALEGADO VÍCIO DE INICIATIVA. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, ARTS. 161, IV, F, E 199, §§ 1º E 2º. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PEDIDO DE INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE SIMPLES. Ação Direita de Inconstitucionalidade em que se discute a validade dos arts. 161, IV, f e 199, §§ 1º e 2º da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação dada pela Emenda Constitucional Estadual 47/2000. Alegada violação dos arts. 61, § 1º, II, *b*, 165, III, 167, IV e 212 da Constituição. Viola a reserva de iniciativa do Chefe do Executivo para propor lei orçamentária a norma que disponha, diretamente, sobre a vinculação ou a destinação específica de receitas orçamentárias (art. 165, III, da Constituição). **A reserva de lei de iniciativa do**

ADI 3059 / RS

Chefe do Executivo, prevista no art. 61, § 1º, II, b, da Constituição somente se aplica aos Territórios federais.

Inexistência de violação material, em relação aos arts. 167, IV e 212 da Constituição, na medida em que não há indicação de que o valor destinado (2% sobre a receita orçamentária corrente ordinária) excede o limite da receita resultante de impostos do Estado (25% no mínimo) Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI nº 2.447, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009)

Não há que se cogitar, na hipótese, de qualquer vício de iniciativa que contamine a validade da Lei estadual nº 11.871/2002 do Rio Grande do Sul.

Passo agora às alegações de inconstitucionalidade *material*. A primeira impugnação questiona a Lei gaúcha sob o prisma da impessoalidade, uma vez que o diploma estipularia regra de preferência entre os cidadãos, sejam eles consumidores, sejam fornecedores da Administração Pública. O argumento, todavia, não merece guarida.

Em nenhum momento a regra legal exclui do universo de possíveis contratantes pelo Poder Público qualquer sujeito. Todo fabricante de programas de computador poderá participar do certame, independentemente do seu produto. Bem por isso apontou precisamente o Min. Ayres Britto que *“todos os que hajam desenvolvido um software e que tenham interesse em contratar com a Administração Pública podem se adequar à preferência legal. Basta que disponibilizem o código-fonte do programa”* (grifos no original).

O que a lei estadual do Rio Grande do Sul fez foi reconhecer que o contrato de licenciamento a ser celebrado pelo Poder Público deva ter conteúdo amplo, de modo a viabilizar não apenas a utilização do *software*, mas também sua modificação e distribuição. Não há, na hipótese,

ADI 3059 / RS

qualquer restrição à competitividade. Aquele que não desejar celebrar contrato de tamanho escopo não participará do certame por vontade própria, e não por qualquer impedimento normativo (legal ou editalício). Os titulares de *softwares* proprietários poderão participar do certame. Para tanto, basta que aceitem celebrar licenciamento nos termos exigidos pela legislação.

Ante a inexistência de qualquer óbice à participação nos procedimentos licitatórios, não se configura qualquer ofensa ao princípio da impessoalidade.

Por fim, sustenta o requerente que a Lei nº 11.871/2002 viola os princípios da eficiência e da economicidade (CRFB, arts. 37, *caput* e 70, *caput*), na medida em que *“toda e qualquer preferência estabelecida por lei a um determinado concorrente ou produto para contratações administrativas, é absolutamente alheia às peculiaridades que cada caso concreto (...)”*, o que torna *“impossível determinar, genericamente, qual será o melhor produto ou serviço para todas as necessidades administrativas, e para todos os entes da Administração Direta e Indireta!”*. Mais uma vez suas alegações não devem prosperar.

Ressalte-se, de plano, que há evidentes vantagens *prima facie* a acompanhar o *software* livre, como enumera o documento oficial intitulado Guia Livre – Referência de Migração para Software Livre do Governo Federal (p. 46), organizado pelo Grupo de Trabalho Migração para *Software Livre* junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, *verbis*:

- necessidade de adoção de padrões abertos para o Governo Eletrônico (e-Gov);
- nível de segurança proporcionado pelo Software Livre;
- eliminação de mudanças compulsórias que os modelos proprietários impõem periodicamente a seus usuários, em face da descontinuidade de suporte a versões ou soluções;

ADI 3059 / RS

- independência tecnológica;
- desenvolvimento de conhecimento local;
- possibilidade de auditabilidade dos sistemas;
- independência de fornecedor único.

Tais benefícios, agregados ao fato de que despesas referentes a licenças de uso não são aplicáveis a soluções baseadas em Software Livre, resultam em economia progressiva para seus usuários, cujos valores podem ser reaplicados em investimentos na área de Tecnologia da Informação. Assim, a adoção do Software Livre por parte do Estado é amparada principalmente pelos princípios de Impessoalidade, Eficiência e Razoabilidade, visando à melhoria na qualidade dos serviços prestados e à promoção dos desenvolvimentos tecnológico e social. Portanto, o Estado se beneficia diretamente com a adoção do Software Livre, tanto no aspecto de sua estruturação para atendimento às demandas sociais, como no seu papel de promover desenvolvimento. Desse modo, possibilitamos a integração das políticas de modernização administrativa, inclusão social baseadas na Tecnologia da Informação e no desenvolvimento industrial. A questão do Software Livre está contextualizada em amplo cenário integrado, composto por ações de desenvolvimento tecnológico, inserção adequada do País na chamada “Sociedade da Informação”, promoção da cidadania, inclusão digital e racionalização de recursos. Diante do contexto, tornou-se fundamental a criação de um documento com o propósito de nortear as ações de migração para o Software Livre da Administração Pública Federal.

Como já ressaltado, o *software* livre é todo aquele programa de computador que garanta aos seus usuários a liberdade de executar, distribuir, estudar, modificar e aperfeiçoar seu conteúdo. Em outras palavras, ao optar por um *software* livre, a Administração Pública tem garantido sua (i) *liberdade de execução* – pode executar o programa para qualquer propósito –; (ii) *liberdade de conhecimento* – pode estudar o funcionamento do programa e adaptá-lo livremente às suas

ADI 3059 / RS

necessidades–; e (iii) *liberdade de compartilhamento* – uma única cópia do programa pode ser utilizada por todos os funcionários de um mesmo órgão público ou por qualquer outro ente, seja ele pessoa física ou jurídica, sem custos adicionais.

Diante desse quadro, as vantagens inerentes aos programas abertos são auto-evidentes, como, aponta o magistério de Ivo Gico Jr., professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB):

“Da própria análise da definição de software livre podemos inferir suas vantagens sobre os demais tipos de software, os programas proprietários. Primeiro, a administração que o adota não se submete a qualquer condição ou restrição de uso que não aquele ditado pelo interesse público. Segundo, como o acesso ao código-fonte é permitido, ou seja, sabe-se o que está por trás do programa, qualquer um pode estudá-lo, adaptá-lo a suas necessidades particulares e melhorá-lo em caso de falhas. Sua adoção representa, em última análise, uma transferência de tecnologia. Por último, mas não menos importante, como não se paga pela licença do software livre, não só o custo de aquisição é nulo, como o de aquisição de equipamentos (hardware) é muito menor, uma vez que tais programas exigem menor capacidade de processamento. É aqui que o princípio da eficiência se faz sentir de maneira mais forte”.

(Princípio da eficiência e o software livre. In: *Gazeta Mercantil*, Caderno Legal & Jurisprudência, 25 de abril de 2002, p. 2).

Há mais: o modelo de licenciamento proprietário, na medida em que impede a concorrência sobre serviços de modificação ao *software*, exige que quaisquer serviços dessa natureza sejam contratados junto ao primeiro fornecedor do *software*, caracterizando favorecimento de longo prazo a tal fornecedor, nem sempre levado em conta na mecânica licitatória. A Administração fica refém de um único ofertante.

ADI 3059 / RS

Nesse cenário, existem razões suficientes para que o legislador, em nome do postulado constitucional da *eficiência*, determine que os contratos de licenciamento de *softwares* livres serão preferencialmente adotados pela Administração Pública, em detrimento dos contratos de licenciamento proprietário. Noutras palavras, diante das suas vantagens *prima facie*, é razoável que o legislador imponha ao Administrador a primazia, abstrata, por esse modelo contratual de licenciamento. Em verdade, a preferência pelo *software* livre, longe de violar o princípio constitucional da eficiência, o promove e o prestigia, criando um ambiente normativo propício para a boa gestão dos recursos públicos.

Como precisamente identificado pelo Min. relator, *“o que subjaz à lei impugnada é, em rigor, uma política de incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico regional”*. De fato, ao permitir que os técnicos a serviço da Administração Pública tenham acesso aos códigos de programação utilizados nos *softwares* adquiridos, promove-se a expansão tecnológica do setor público brasileiro, que poderá estudar, adaptar, aperfeiçoar e redistribuir o programa, justamente na linha preconizada pelo art. 219 da Constituição da República, quando entoa que *“o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar (...) a autonomia tecnológica do País”*.

Em síntese, a Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não está a merecer qualquer censura ou reparo judicial. Trata-se, ao revés, de iniciativa legislativa digna de reconhecimento e louvor.

Ex positis, voto pela improcedência do pedido deduzido na presente ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, acompanho integralmente o renovado voto do Min. Ayres Britto.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REDATOR DO ACÓRDÃO RISTF : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : DEMOCRATAS

ADV.(A/S) : CARLOS BASTIDE HORBACH E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE - ABES

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO, SOFTWARE E INTERNET - ASSEPRO NACIONAL

ADV.(A/S) : PEDRO ESTEVAM ALVES PINTO SERRANO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DA INFORMÁTICA - IBDI

ADV.(A/S) : OMAR KAMINSKI

Decisão: Após o voto do Relator, Ministro Ayres Britto (Presidente), julgando improcedente a ação, pediu vista dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 31.10.2012.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação. Não votou o Ministro Roberto Barroso, sucessor do Ministro Ayres Britto (Relator). Redigirá o acórdão o Ministro Luiz Fux (art. 38, IV, b, RISTF). Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, participando do 3º Seminário luso-brasileiro de Direito, em Portugal, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.04.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Vice-Procurador-Geral Eleitoral, Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessor-Chefe do Plenário

