PUBLICADO DOC 06/06/2013, PÁG 137

PARECER Nº 987/2013 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 288/2013.

Trata-se de projeto de lei de autoria do nobre Vereador Nabil Bonduki, que dispõe sobre a utilização de programas abertos de informática pela Administração Pública Municipal.

O projeto merece prosperar, como veremos a seguir.

De acordo com a justificativa ao projeto, os referidos programas abertos são aqueles que possibilitam acesso irrestrito e gratuito ao código fonte. Além disso, o usuário pode alterar parcial ou totalmente o programa, adaptando-os às suas necessidades.

Por outro lado, os programas cujo código fonte seja considerado "fechado" são aqueles em que a empresa proprietária cobra licença para utilização, não possibilitando que seja copiado, distribuído ou alterado, tal como o sistema operacional Windows.

A propositura pretende que a Administração Pública Municipal utilize preferencialmente os programas abertos de informática, sendo que a aquisição de programas "fechados" somente será permitida quando houver justificativa técnica comprobatória da ineficiência dos abertos.

Sendo assim, o tema em análise envolve a resposta às seguintes questões:

1) Há competência municipal para dispor sobre regra que deverá nortear a aquisição preferencial de determinado produto, isto é, regra sobre contratação?

2) A preferência pelos programas abertos de informática encontra amparo legal?

Entendemos que as duas perguntas contêm respostas afirmativas. Senão, vejamos.

Primeiramente, urge tratar da competência municipal para editar normas específicas sobre licitação e contratos administrativos.

De acordo com o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do mencionado artigo 22, XXVII, da Carta Magna é o de que é permitido aos Estados e Municípios legislarem para complementar as normas gerais ditadas pela União, a fim de adaptá-las à sua realidade, desde que sempre seja respeitada a seguinte premissa: a igualdade de condições de todos os concorrentes, estatuída pelo art. 37, XXI, da Constituição Federal.

A esse respeito, confira-se o seguinte julgado, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa:

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO - MG.

VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO.

CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades.

O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI, da Constituição, assegurando "a igualdade de condições de todos os concorrentes". Precedentes.

Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa,princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal" (Recurso Extraordinário 423.560, DJe 19/06/2012).

Ainda sobre a competência municipal para legislar sobre licitações e contratos administrativos, merece destaque a lição de Angélica Guimarães, na obra "Competência Municipal em Matéria de Licitações e Contratos Administrativos":

"A Constituição Federal de 1988, no artigo 30, I e II, atribui, repita-se, aos Municípios duas espécies de competência legislativa, quais sejam: privativa para matéria de interesse local e suplementar para as matérias de interesse material comum aos demais entes federados, cabendo ao aplicador da norma determinar o conteúdo material da competência legislativa municipal, sem olvidar a estrutura do sistema jurídico brasileiro e a consequente distinção entre normas de caráter nacional e as federais e locais.

Sem dúvidas, em matéria de licitações e contratos não há que se discutir a competência municipal suplementar, e como o legislador erroneamente entendeu por capitular no mesmo diploma legal, também a gestão de bens públicos, que como dito é matéria eminentemente de prevalente interesse local e tipicamente de Direito Administrativo, neste ponto, dentre outros, asseveramos a competência privativa do Município". (pág. 214)

Oportuno mencionar que o Município de São Paulo editou a Lei nº 13.278/2002, que dispõe sobre normas específicas em matéria de licitação e contratos administrativos, o que reforça a competência municipal para tratar de temas de interesse local a respeito de licitação e contratos administrativos.

Destarte, sob o aspecto formal, entendemos que a propositura insere-se no âmbito da competência municipal para legislar sobre assuntos predominantemente locais (art. 30, I, da Constituição Federal, bem como art. 13, I, da Lei Orgânica), sendo que a iniciativa para o processo legislativo é respaldada pelo art. 37 da Lei Orgânica.

No mérito, a preferência pela contratação de softwares livres tem amparo no ordenamento jurídico.

No caso em estudo, o princípio da igualdade de condições aos concorrentes está devidamente preservado, uma vez que não se está privilegiando um produto em detrimento do outro, mas sim uma forma de contratação.

De fato, na hipótese de aprovação do projeto, qualquer empresa do ramo da informática que queira participar do certame poderá fazê-lo, desde que informe o código fonte e permita a cópia, distribuição ou alteração independentemente do pagamento de licença.

Ademais, o projeto deixa clara, em seu art 6º, a possibilidade de aquisição de programas de informática não caracterizados como abertos, mediante a apresentação de justificativa técnica.

Logo, não há que se cogitar em ofensa ao princípio da igualdade.

Não bastasse, a preferência por tais programas é norteada pelo princípio da eficiência administrativa.

"A eficiência consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico e político. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público" (Marçal Justen Filho, in Curso de Direito Administrativo, 8ª edição, pág. 447).

Ao dar preferência pelos programas abertos, a Administração Pública está, em última análise, otimizando seus recursos.

De fato, a licença dos programas abertos de informática, também chamados de "softwares livres" (da tradução do inglês free software), conferem maior liberdade

ao usuário, que podem cedê-los sem custos e podem, inclusive, modificá-los, garantindo, assim, maior economia e eficiência.
Para maior esclarecimento da questão, importa conferir os ensinamentos de Marcelo Andrade Féres:
"A origem estrangeira da expressão, em que se poderia colher uma ambivalência, tanto programa livre, quanto programa grátis, tem levado algumas pessoas a se confundirem, adotando a segunda tradução, o que é incorreto. Essa modalidade de software, também conhecida por aberto ou não proprietário, não é necessariamente gratuito. Seu nome, assim, evidencia as liberdades dela decorrentes, pois a sua licença, aliada ao conhecimento de seu código fonte, além de permitir o uso para qualquer propósito, autoriza a reprodução, a alteração e a redistribuição.
...
O aparecimento do software livre está vinculado a uma relativização dos direitos autorais, em prol do desenvolvimento da sociedade. Ao lado da internet, os programas abertos concorrem para a disseminação da informação. Por seu intermédio, busca-se a tão almejada inclusão digital dos cidadãos. O conhecimento do código fonte dos programas, socialmente compartilhado, gera idôneas possibilidades de concreta participação do indivíduo no mundo contemporâneo da informática" (in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_72/artigos/Marcelo_rev72.ht)
Além disso, ao compartilhar o código fonte, está-se privilegiando o princípio da transparência. De fato, a propositura objetiva facilitar o acesso à informação.
O art. 37 da Carta Magna prevê a publicidade como princípio a ser seguido por qualquer dos Poderes das três esferas de governo, da seguinte forma:
"Art. 37 A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência..." (destacamos).
A nossa Lei Orgânica também, em seu artigo 2°, III, estabelece:
"Art. 2° A organização do Município observará os seguintes princípios e diretrizes:
...
III – a transparência e o controle popular na ação do governo;"
Também a Lei Orgânica ao cuidar da Administração Municipal, em atendimento ao princípio da publicidade e do direito à informação, traz a transparência como preceito a ser observado, no art. 81, nos seguintes termos:
"Art. 81 A administração pública direta e indireta obedecerá aos princípios e diretrizes da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, unidade, indivisibilidade e indisponibilidade do interesse público, descentralização, democratização, participação popular, transparência e valorização dos servidores públicos.
Parágrafo único. Cabe ao Município promover a modernização da administração pública, buscando assimilar as inovações tecnológicas, com adequado recrutamento e desenvolvimento dos recursos humanos necessários." (grifo nosso).
Expressa, ainda, a Lei Orgânica Municipal, em seu art. 146, in verbis:
"Art. 146 – Compete ao Município implantar e manter atualizado o sistema municipal de informações sociais, culturais, econômicas, financeiras, patrimoniais, administrativas, físico-territoriais, inclusive cartográficas e geológicas, ambientais e outras de relevante interesse para o Município, assegurada sua ampla e periódica divulgação, e garantindo seu acesso aos munícipes (...)." (grifo nosso)
Por derradeiro, convém salientar o disposto pela Lei Municipal nº 14.668/2008, que institui a Política Municipal de Inclusão Digital. A mencionada lei, em seu art. 4º, III, estabelece expressamente como princípio da Política Municipal de Inclusão Digital a opção preferencial pelo software livre.
Merece destaque, outrossim, o site http://www.softwarelivre.gov.br/casos-de-sucesso, que elenca os casos de sucesso de migrações e implementações de software livre em qualquer nível. Percebe-se que vários órgãos do Governo Federal têm migrado para os programas de dados abertos, com vistas a possibilitar maior inclusão digital.

Portanto, há amparo legal ao presente projeto de lei, competindo às Comissões de Mérito a análise acerca da conveniência da pretensão.
Ante todo o exposto, somos pela LEGALIDADE.
Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 05/06/2013.
GOULART- PSD – PRESIDENTE
ABOU ANNI – PV
ALESSANDRO GUEDES – PT - RELATOR
ARSELINO TATTO – PT
CONTE LOPES – PTB
FLORIANO PESARO – PSDB
GEORGE HATO – PMDB
LAÉRCIO BENKO – PHS
SANDRA TADEU – DEM