

15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQUERENTE(S) : PARTIDO DA FRENTE LIBERAL - PFL

ADVOGADO(A/S) : CARLOS BASTIDE HORBACH E OUTRO(A/S)

ADVOGADO(A/S) : SIMONE TATSCH

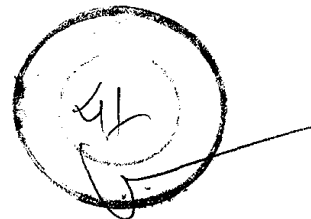
REQUERIDO(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DE AGREMIAÇÃO 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.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, em afastar o pedido de diligência suscitado pelo



ADI 3.059-MC / RS

Senhor Ministro Joaquim Barbosa, vencidos S. Exa. e o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence; e, a seguir, por unanimidade, em deferir o pedido cautelar e sustar os efeitos da Lei nº 11.871, de 19 de dezembro de 2002, do Estado do Rio Grande do Sul. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa.

Brasília, 15 de abril de 2004.

MAURÍCIO CORRÊA

-

PRESIDENTE



CARLOS AYRES BRITTO

-

RELATOR

15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQUERENTE(S) : PARTIDO DA FRENTE LIBERAL - PFL

ADVOGADO(A/S) : CARLOS BASTIDE HORBACH E OUTRO(A/S)

ADVOGADO(A/S) : SIMONE TATSCH

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

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

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - (Relator): Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto a Lei sul-rio-grandense nº 11.871, de 19 de dezembro de 2002.

2. O autor da ação é o Partido da Frente Liberal — PFL, sendo estes os dispositivos da lei sob suspeita de inconstitucionalidade:

"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.

§ 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 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 lícito 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."

3. Pois bem, 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, CF¹). Diz ainda o acionante que o processo de elaboração da Lei estadual nº 11.871/2002 se encontra viciado por mais um título, porquanto leis que disponham sobre organização administrativa e matéria orçamentária são de iniciativa

¹ Cujá redação é esta: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII: 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".



ADI 3.059-MC / RS

privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, inciso II, "b", CF).

4. Já no plano material ou da análise da questão de mérito, segue em frente o demandante para esgrimir a tese de que o diploma normativo adversado 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."

5. Quanto ao princípio da impessoalidade, o autor averba em favor da sua proposição:

"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.



ADI 3.059-MC / RS

Nesse sentido, tratando do princípio da impessoalidade, expõe CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO:

"Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrada explicitamente no art. 37, caput, da Constituição. Além disso, assim como 'todos são iguais perante a lei' (art. 5º, caput), a fortiori, teriam de sê-lo perante a Administração." (grifamos)

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."

6. Prossigo no relatório para dizer que, em sede de informações, o Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul consignou que o diploma impugnado se originou do Projeto de Lei nº 06/02, da lavra do Deputado **Elvino Bohn Gass**. No mérito, o ilustre representante da Casa Legislativa sul-rio-grandense rechaçou



ADI 3.059-MC / RS

a tese articulada na inicial, defendendo integralmente a higidez da norma combatida.

7. Afinando sua voz por esse mesmo diapasão, o Governador do Estado do Rio Grande do Sul buscou afastar a acusação de que a Lei nº 11.871/2002 é 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 a norma acusada foi apenas indicar os produtos que, preferencialmente, deverão ser utilizados pelo Poder Público.

8. Estes os contornos da presente ação direta de inconstitucionalidade. E por se tratar de pedido que se inicia pela suspensão cautelar da Lei estadual sob suspeita de fraude à Constituição Federal, submeto essa primeira pretensão do pólo processual acionante ao *decisum* plenário desta Suprema Corte de Justiça.

É o relatório.



FJM/emo

15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO
GRANDE DO SUL

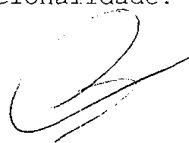
V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - (Relator):

Feito o relatório, passo a votar.

11. De pronto, reconheço a legitimidade processual ativa do Partido da Frente Liberal - PFL (aqui representado pelo Presidente da Comissão Executiva Nacional), por se tratar de agremiação política de notória participação nos atuais quadros parlamentares federais. O que faz incidir a regra habilitadora do inciso VIII do Art. 103 da *Lex Legum Nacional*¹, assim como a firme jurisprudência desta Casa no sentido de afastar o reclamo da pertinência temática, nos casos em que a propositura de uma determinada Ação Direta de Inconstitucionalidade é da autoria de partido político. Jurisprudência a que reverencio e modestamente busco reforçar, perguntando e incontinenti respondendo: como recusar entranhado interesse pela depuração constitucional da Ordem Jurídica, seja qual for o assunto posto em debate, a quem se constitui na mais acabada expressão institucional desse princípio jurídico estruturante que é o "**Pluralismo**

¹ "Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;".



ADI 3.059-MC / RS

Político" (inciso V do art. 1º da Constituição Federal)? Pluralismo que se põe como um dos explícitos "**fundamentos**" da República Federativa do Brasil, exatamente por encarnar o reino-em-si da multilateralidade de concepções quanto aos negócios da pólis?

12. Com efeito, se partido político é facção ou corrente de opinião pública, no claro sentido de centro institucional que peculiariza um dos muitos modos de se conceber e praticar o governo da pólis (pluralismo político é isso), **resulta claro que tudo aquilo que disser respeito a esse tipo de governo também diz respeito a cada agremiação partidária.** Um automático respeito, ajunte-se, principalmente quando a função governativa se dá pela expedição de atos materialmente normativos. É que os efeitos irradiantes de tais atos no interior do Ordenamento Jurídico são duradouramente renováveis. E sendo assim duradouramente renováveis, são atos que perlongam sua eventual predisposição para ofender a Constituição Positiva. Donde o atalho do controle abstrato de constitucionalidade, a que eles, partidos políticos, se acham natural e instantaneamente habilitados a seguir.

13. Noutro modo de dizer as coisas, partido político existe para manter com o Poder Governamental -- também apropriadamente chamado de Poder Político -- um



ADI 3.059-MC / RS

enlace tão umbilical quanto insuscetível de desfazimento. Pois começa com a própria forma de conceber a estruturação de tal Poder e prossegue, ora com a tentativa eleitoral de assumi-lo, ora com o acompanhamento crítico do respectivo desempenho. Logo, enquanto houver governo da polis, haverá partido político (tirante as hipóteses do mais radical holocausto da Democracia). O que já significa, no plano das ações diretas de inconstitucionalidade versadas pela Magna Carta brasileira de 1988, a titularidade de uma habilitação processual cujo núcleo deontico se mantém logicamente aberto. **Não aberto no sentido negativo de que não se exige o requisito da pertinência temática, sempre que a autoria do feito couber a organização político-partidária. Mas aberto no sentido positivo de que tal pertinência já existe por antecipação.** Já se presume, então, como corolário do regime jurídico-constitucional de todo partido político brasileiro com representação no Congresso Nacional. É repetir: pertinência material **adrede assegurada** por essa *filha unigênita do Poder Constituinte*, que é a Lei Maior de 1988, ao fazer das instituições político-partidárias pessoas jurídicas de permanente vitalização institucional do pluralismo político. Entendido o pluralismo político, já do ângulo dos cidadãos, como o direito de se organizar em pessoas jurídico-eleitorais diferenciadas para conceber por



ADI 3.059-MC / RS

um modo peculiar o Governo da pólis. Com seus naturais desdobramentos quanto à forma de investidura e sua duração, exercício e acompanhamento crítico desse Poder de abrangência territorial e pessoal máxima. Logo, e em última análise, direito à convivência político-ideológica dos contrários, que é um dos mais visíveis conteúdos da Democracia.

14. Ora bem, se o art. 17 da Lex Máxima de 1988 faz do pluripartidarismo um limite à liberdade de organização partidária, é porque, antes, já consagrara o protoprincípio do pluralismo político. E de afirmação em afirmação desse princípio de superior estatura sistêmica é que faz da nossa Democracia, sem exagero argumentativo, **uma Democracia de partidos**. Mais precisamente, uma Democracia partidária, na acepção de que entre os governantes eleitos e os cidadãos eleitores se colocam, necessariamente, os partidos políticos. Pois são elas, agremiações partidárias, que indicam à Justiça Eleitoral os seus filiados-candidatos, sabido que essa obrigatória filiação é tida pela Constituição Republicana como expressa **condição de elegibilidade** (inciso V do § 3º do artigo constitucional de nº 14, com a ressalva do inciso V do § 3º do artigo 142 da CF). E aí é que se dá a perfeita sincrímia entre Democracia Representativa e Democracia Pluripartidária, a patentear



ADI 3.059-MC / RS

esse vínculo permanentemente umbilical entre os partidos políticos e os negócios de Governo. Se se prefere, entre o cotidiano dos partidos e o dia-a-dia do Poder Público².

15. Explicado fica, então, o porquê de tantos dispositivos constitucionais com expressa referência aos partidos políticos. Dispositivos, esses, que se concentram em capítulo próprio (Capítulo V do Título II) e voltam a se encorpar no âmbito do Poder Legislativo (§ 2º do art. 55 e os §§ 1º e 4º do art. 58), porque é no foro dos embates e das decisões parlamentares que tais agremiações podem velar por um duplice compromisso: o compromisso delas próprias para com a Constituição do País e o compromisso de cada parlamentar-filiado com as normas de "fidelidade e disciplina partidárias" (§ 1º do art. 17). Este último a se revelar como um dever de conteúdo moral (lealdade) e uma satisfação que se dá ao eleitor que sufraga uma determinada sigla ou legenda partidária. É a Constituição mesma que resguarda o "funcionamento parlamentar" dos partidos, "de acordo com a lei" (inciso IV do art. 17), e assim mais

² A propósito desse outro vínculo funcional direto entre os partidos políticos e a Democracia, prelecionou o em. Min. Celso de Mello, com sua habitual precisão de ourives da palavra: "A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado" (ADI 1.096-MC).



ADI 3.059-MC / RS

intensamente participando das experiências do Parlamento -- sobretudo no altaneiro plano da produção das leis e na vigília dos atos normativos dos demais Poderes (inciso XI do art. 49 da C.F. -- é que essas pessoas jurídico-eleitorais que são os partidos políticos desfrutam de habilitação processual para o ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

16. Justificado, por esse prisma afirmativo, o reclamo da pertinência entre os objetivos institucionais do acionante e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade em causa, passo ao exame da arguição preliminar de que o processo de formação da Lei nº 11.871/2002 olvidou o disposto no artigo 2º c/c artigo 61, inciso II, "b", da Carta Republicana de 1988. Arguição que não tenho como relevante -- é com todo o respeito que o digo --, ao menos no âmbito acanhado do juízo de delibação que é próprio das decisões em processo de jurisdição cautelar. E se não tenho como relevante a arguição, isto se deve ao pensar jurisprudencial desta própria Excelsa Corte de Justiça, segundo o qual a iniciativa prevista na alínea "b" do artigo magno de número 61 só foi reservada ao Presidente da República por se tratar de matéria adstrita aos Territórios Federais. Confira-se:



ADI 3.059-MC / RS

"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.

(...)"

(ADI 2.599-MC, Rel. Min. Moreira Alves)
(original sem negritos)

17. Debruço-me, agora, sobre o juízo autoral de que a Lei nº 11.871/2002 abalroa, de frente, os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. Proposição que ainda uma vez me parece exigir pronto revide, pois saber que tipo de acesso a um determinado software atende melhor às coordenadas de eficiência administrativa e custo financeiro-público é operação mental que implica o necessário manuseio de dados empíricos; isto é, dados inteiramente situados no mundo do ser, a exigir, para o seu entendimento, operação descoincidente com aquela que segue o intelecto ao fazer o puro cotejo de uma norma jurídica de índole subconstitucional com outra de natureza constitucional. Cotejo tão-somente internormativo, agora



ADI 3.059-MC / RS

sim, rigorosamente adstrito ao teórico plano do dever-ser que subjaz ao controle abstrato de constitucionalidade.

18. Uma proposição de mérito, contudo, se me afigura sólida o bastante para conferir à presente ação direta de inconstitucionalidade um desfecho cautelar exitoso. Refiro-me à proposição de que a Lei nº 11.871/2002 ofende o artigo 22, inciso XXVII, da Lei Republicana, desde que esse dispositivo seja interpretado de forma geminada com o inciso XXI do art. 37 da mesma Constituição Federal de 1988 ("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").

19. Bem, aqui, imperioso é proclamar que a lei em debate se revestiu de atributo que a Magna Lei Federal lhe sonegou: o de produzir normas gerais, em tema de licitação. Além de materializar usurpação de competência constitucionalmente deferida ao Poder Executivo, pois é fato que a preferência nela consubstanciada fez o Poder Legislativo estadual se substituir à Administração Pública sul-rio-grandense.



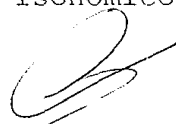
ADI 3.059-MC / RS

20. Deveras, o inciso XXI do art. 37 da *Norma Normarum* faz da licitação um obrigatório processo-competição de caráter administrativo. Um puro dever administrativo de igualitária concorrência, mas que admite, sim, exceção. Exceção, todavia:

I - figurante de lei congressional, por ser o processo licitatório um proceder administrativo **de aplicabilidade irrestritamente federativa**. Logo, de aplicabilidade federativamente uniforme, o que já patenteia sua obrigatória veiculação por aquele tipo de norma geral que a Magna Carta estatui no seu art. 22, inciso XXVII;

II - somente admissível naquelas situações em que a disputa abriga um componente jurídico de preordenada desequiparação entre os contendores, ou então se revele factualmente impossível, quando não francamente dispensável.


21. Ora, no âmbito objetivo da lei estadual guerreada, o que se fez foi uma tão declarada quanto antecipada preferência por um tipo de produto eletrônico: o *software* da espécie aberta ou completamente isento de restrições proprietárias. Logo, a própria lei estadual a excepcionar o caráter isonômico da licitação para se



ADI 3.059-MC / RS

substituir à Administração Pública na emissão de um prévio e superior juízo de prestimosidade de um determinado bem informático ante os demais concorrentes. Que são concorrentes sabidamente numerosos e igualmente caracterizados por crescente sofisticação tecnológica de seus produtos. Corresponde a dizer: a lei mesma é que se encarregou de criar uma preferência e assim antecipar uma avaliação administrativa concreta ou empírica; avaliação traduzida na presunção de que um dado *software* satisfaz melhor aos interesses da Administração do que os outros. E satisfaz melhor a tais interesses por uma forma atemporal, acrescente-se, como se o mercado de bens informáticos não se tipificasse por um tão vertiginoso quanto ilimitado teor de aprimoramento.

22. Daqui resulta que a lei invecivada parece desconhecer: **a)** que a relativização ou flexibilização do princípio isonômico, em tema de licitação pública, é matéria de competência legislativa da União Federal, como assentado; **b)** que o *software* de sua declarada preferência pode até mesmo ser o que melhor consulta aos interesses da Administração, em termos de preço, técnica e gradativa apropriação autóctone de uma tecnologia reconhecidamente de ponta, entre outras vantagens comparativas. Mas todas essas virtudes **só podem ser aferidas é no processo mesmo do certame em que a licitação consiste.** É algo somente aferível caso a caso, dia-a-dia, momento-a-momento, disputa-a-



ADI 3.059-MC / RS

disputa, conforme a natureza das necessidades e dos objetivos da Administração Pública, de um lado, e, de outro, a sempre cambiante qualidade intrínseca dos produtos em foco. Uma coisa a puxar a outra, necessária e ininterruptamente, como num aparelho *auto-reverse*. Ou como na feliz inspiração do poeta santista **Vicente de Carvalho**: "Eu sou quem sou, por serdes vós quem sois". Logo, circuito relacional-concreto por definição e por indissociável imbricamento, de modo a se incompatibilizar com a abstratividade dos comandos que timbram a lei em sentido material.

23. Recolocando a idéia: o processo de licitação em bases igualitárias é a regra geral para a Administração Pública. Aquilo que deve ser usualmente observado, pois, afinal, a disputa entre os licitantes é meio de efetivação não só do princípio constitucional da isonomia, como de várias outras normas principiológicas de idêntica matriz constitucional (princípios da moralidade, da eficiência e da publicidade, *verbi gratia*) e que têm na função administrativa do Estado uma das suas mais fortes justificativas. Sem empecilho, tal competição pode conter elementos de desequiparação ou até mesmo ser posta de lado, conforme dito. A Magna Lei inicia sua legenda com a locução "**ressalvados os casos especificados na legislação**", de



ADI 3.059-MC / RS

maneira a autorizar o entendimento de que a lei tem o condão de relativizar o princípio da igualdade (pense-se no tratamento favorecido que a própria Carta-cidadã conferiu às "empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País", a teor do inciso IX do art. 170) e ir além: indicar hipóteses de fuga pura e simples ao proceder competitivo dos interessados em se relacionar contratualmente com o Poder Público, tendo por objeto **"obras, serviços, compras e alienações"**. Mas é de todo evidente que esse laborar no campo da excepcionalidade só pode defluir de normas gerais (repete-se), procedente de fonte congressual e de equânime aplicabilidade federativa, tudo conformê a sobredita inteligência do inciso XXVII do art. 22 do Código Político de 1988. Pois o certo é que norma geral, em matéria de licitação, é a lei ordinária que desdobra, debulha, desata, faz render, enfim, um comando nuclearmente constitucional, de sorte a conformar novas relações jurídicas sobre o mesmo assunto. E é por esse necessário vínculo funcional com norma de lastro constitucional -- seja ela um princípio, seja uma simples regra --, que a norma geral de que falo é de aplicabilidade federativamente uniforme³.

³ Por isso que no livro "O Perfil Constitucional da Licitação" (editora ZNT, Curitiva, 1997) esclareci às pp. 30 e 31: "A esta altura da exposição, é de se



ADI 3.059-MC / RS

24. Não é tudo. Além do reclamo de tais normas gerais de berço genuinamente legislativo-federal, é preciso, primeiro, que essas mesmas normas gerais aportem comandos sequenciais daqueles que, na Constituição, prevejam situações em que a licitação comporte abrandamento no seu caráter isonômico. Depois, é necessário que elas, no uso da autorização constitucional que se lê na parte inicial do mencionado art. 37, inciso XXI, expressa e exaustivamente arrolem as hipóteses de dispensa do certame em que a licitação consiste, ou, ainda, prefigurem os casos em que a competição em si perde todo

perguntar, naturalmente: que princípios e regras constitucionais são esses de que tanto falamos, princípios e regras cuja composição conteudística a desnovelar já se põe como a própria linha do horizonte das normas gerais sobre licitação?

Bem, começando pelos princípios, aqueles que, pela sua base conceitual ou densidade significativa já mantenham com a licitação um vínculo de funcionalidade, uma pertinência lógica, um mais próximo e consanguíneo parentesco, enfim, a exemplo dos princípios da igualdade, legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos de explícita enunciação constitucional (*caput* do art. 5º e do art. 37, combinadamente com o inciso II do art. 74, embora nenhum deles utilize a palavra licitação) e uniformemente aplicáveis a todas as ordens governativas. E quanto a algumas regras de berço constitucional, elas são de duas naturezas: a) aquelas que, identicamente aos princípios, não têm a licitação como seu explícito objeto, mas nela encontram uma de suas possibilidades lógicas de efetivação, como, *verbi gratia*, a normação do art. 167, incisos I e II, que veda "o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual" e "a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais"; b) aquelas que já encerram os próprios elementos que fazem da licitação uma individualizada figura de direito, como são as veiculadas pelo inciso XXI do art. 37 e pelo *caput* do art. 175, mormente no tocante à obrigatoriedade do processo licitatório, a excepcionalidade de sua exclusão, a natureza entranhadamente competitiva do instituto e o tratamento isonômico dos licitantes perante a Administração. Todas elas — sejam as normas principiológicas, sejam as normas comuns — equanimemente aplicáveis às pessoas que se integram na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil.

Decididamente, o que estamos a ajuizar é que as normas gerais devam, por um lado, retrabalhar aos elementos com que certas regras da Constituição conferem identidade ou vida própria à licitação. Por outro, fazer desse instituto um caracterizado espaço de vitalização de outras regras e princípios constitucionais que, mesmo sem o ter como efetivo objeto, com ele mantenham uma relação de entranhada inerência ou mais lógica pertinência. Logo, regras e princípios

ADI 3.059-MC / RS

sentido (inexigibilidade). O que não nos parece ocorrer no caso dos autos, pois a utilização de *softwares* isentos de restrições quanto à observância de direitos autorais não atende melhor ou de forma instantânea, só pela sua natureza de *softwares* abertos, aos interesses da Administração Pública. É como falar: para que se afirme uma superioridade comparativa do produto é preciso demonstrar, no curso mesmo da licitação, em que ele atende mais aos requisitos de qualificação técnica, apropriação tecnológica e custos financeiros com a sua aquisição, manutenção e adaptação; ou seja, é preciso emitir sobre ele um juízo de valor, porém a partir do atendimento de critérios ou dados objetivos que já constem de normas editais logicamente situadas na esfera de movimentação que é própria da Administração Pública. Aí, sim, o concorrente que melhor pontuar, nos termos de cada edital convocatório dos interessados, será ungido como vencedor do certame. O adjudicatário, então, do objeto licitado.

25. Em suma, se os *softwares* abertos são, de fato, os mais interessantes para a Pública Administração, que isso fique demonstrado em termos de mais alta pontuação quanto aos critérios objetivamente figurantes de normas editais. E normas de matriz executiva, necessariamente, pena de o Poder Legislativo se substituir ao aparato administrativo do Estado e assim por usurpação de

constitucionais que tenham a virtualidade de aumentar as perspectivas de funcionalidade do instituto licitatório."



ADI 3.059-MC / RS

competência tinar a pureza do pétreo princípio da Separação dos Poderes (arts. 2  e 60,   4 , inciso III, da Constituição de 1988).

26. A título de arremate, portanto, penso que a **Lei n  11.871, de 19 de dezembro de 2002**, elaborada pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, padece dos seguintes vícios de inconstitucionalidade:

a) invade área de competência legiferante reservada   União, com privatividade, que é o campo da produção de normas gerais em tema de licitação;

b) faz o Legislativo estadual substituir-se   Administração Pública igualmente estadual, fazendo um prévio juízo de conveniência que outra coisa não   senão usurpação competencial violadora do pétreo princípio constitucional da Separação dos Poderes; e

c) estreita, contra a natureza dos produtos que lhes servem de objeto normativo (bens informáticos), o âmbito de competição dos



ADI 3.059-MC / RS

interessados em se vincular contratualmente ao
Estado-administração.

27. Com estes fundamentos, o meu voto defere a medida liminar requerida, para suspender, até o julgamento final desta ação, a eficácia de toda a Lei sul-rio-grandense nº 11.871/2002. E se digo "toda a lei sul-rio-grandense", é por considerar que os respectivos enunciados são da espécie *pro-indiviso* em sua operatividade. Quero dizer, a lei se compõe de dispositivos rigorosamente entrelaçados em sua materialidade, de sorte que a invalidação do primeiro deles acarreta, necessariamente, a perda de eficácia dos demais.

28. É como voto.



FJ/emo

15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO GRANDE DO SUL

PROPOSTA DE DILIGÊNCIA

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, para chegar à conclusão do Ministro Carlos Britto, eu precisaria ter absoluta segurança em relação a esses conceitos de "software" livre, "software" proprietário, para efetivamente saber se há uma limitação de concorrência.

Por essa razão insistiria na tese da necessidade de ouvirmos especialistas nesta matéria. Lembro que o Brasil patinou por quase duas décadas por força de decisões políticas erradas em informática. Não gostaria de ver o Supremo Tribunal Federal incorrer nesse mesmo erro. Estamos ainda em juízo cautelar.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O Ministro Joaquim Barbosa está propondo o uso de uma faculdade do Tribunal, de acordo com a Lei nº 9.868.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Lembro aos meus Pares que, há menos de dez anos, o Brasil engatinhava nesta matéria. Não tínhamos sequer noções como essas imbricadas na questão em discussão. Tomar a decisão de suspender a eficácia de uma lei, como está sendo proposto, pode ter outras implicações que não sei quais são.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - A diferença está, do ponto de vista técnico, em haver "softwares"

ADI 3.059-MC / RS

que mantêm o seu DNA - para usar apropriadamente da palavra referida -, o seu código fonte inteiramente disponível; qualquer pessoa tem acesso a ele para conhecer o programa e transformá-lo.

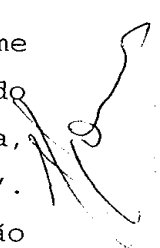
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O pronunciamento do Tribunal é precário e efêmero, diz respeito apenas à liminar. Talvez possamos, na instrução do processo, adentrar um pouco mais o tema.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Se a proposta do Relator fosse de indeferir a liminar, eu estaria de acordo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Eu também. 

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Mas interromper a vigência da lei e, conseqüentemente, viabilizar a aquisição de outros tipos de produtos na mesma rede do Estado, para depois chegar à conclusão de que a lei é constitucional?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Teremos, de qualquer forma, a regência pela Lei de Licitações. Não ficará um vácuo. Até então o Estado não esteve paralisado.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Se Vossa Excelência me permite, gostaria de fazer uma ponderação. Discute-se, sobretudo em sede de liminar, algo pressuposto na própria lei, ou seja, uma distinção absoluta entre duas modalidades de "software". Está fora de dúvida, pois, que os dois "softwares" são diferentes; a respeito não pode haver dúvida nenhuma. A questão, portanto, está apenas em saber se é constitucional, ou não, lei 

ADI 3.059-MC / RS

que estabelece preferência por um deles. Ainda não está em jogo, aqui, nenhuma questão ligada à qualidade específica, às propriedades de cada "software".

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE): -

Para se fazer a aferição técnica do que significa.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Está em jogo, agora, sobretudo no juízo sumário na medida cautelar, saber se, pressuposta pela própria lei a diversidade de modalidades de "software", é, ou não, constitucional a preferência instituída pela lei para um deles.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Entendo que não. Essa superioridade há de ser demonstrada no próprio processo licitatório. Ou seja, se o produto é mesmo de superior qualidade, ganhará a licitação o seu produtor, mas haja a licitação para que isso se demonstre, não a lei a se substituir ao juízo de valor do administrador.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Fiz a ponderação exatamente para demonstrar que a mim me pareceria, com o devido respeito, prematura a necessidade de intervenção técnica neste momento, porque ela, segundo depreendi do voto do eminente Ministro Joaquim Barbosa, se destinaria a esclarecer quanto à diversidade técnica de ambas as classes de "software".

Na verdade, trata-se, no caso, de um episódio isolado da guerra global entre "Microsoft" e "Linux".

ADI 3.059-MC / RS

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE): -

Leio o parágrafo primeiro do artigo 9º da Lei 9868:

"Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

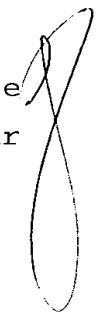
§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria."

Realmente, parece não ser o caso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não parece ser necessário, porque se trata de uma distinção fácil. Pelo menos do ponto de vista das matérias oferecidas, conseguimos identificá-la a partir do relatório e da própria sustentação oral. Sabemos tratar-se de uma distinção em que se outorgou o privilégio a um determinado produto, e a pergunta é se essa opção legislativa é compatível com a Constituição.

Sou o defensor, como sabem todos, do manejo do Instituto, que permite a investigação de fatos e prognoses legislativas, e até ousar, realmente, subscrever essa opção de determinados casos. Mas não vejo, na hipótese, qualquer necessidade, uma vez que - me parece - o Plenário está esclarecido quanto à opção feita pelo legislador gaúcho.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sugiro que se suspenda o julgamento, convertendo-o em diligência para aplicar o artigo 9º, § 1º da lei 9.868/99.



Supremo Tribunal Federal

15/04/2004

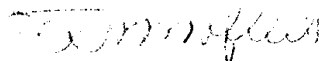
TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - : Senhor Presidente, com a vênua do Ministro Joaquim Barbosa, também entendo não haver necessidade, neste momento, de recorrermos a qualquer especialista na matéria, porque a própria lei já faz claramente a distinção entre as duas espécies de “software”.

Acompanho, portanto, o Senhor Ministro-Relator.



15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO
GRANDE DO SUL

VOTO SOBRE PROPOSTA DE DILIGÊNCIA

(MEDIDA CAUTELAR)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, também afasto a diligência na fase em que estamos, considerando que a norma do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, está ligada ao julgamento de fundo. Tanto que o artigo se refere a vencimentos dos prazos do artigo anterior - quando se devem colher informações, ouvir a Advocacia-Geral da União, o Procurador-Geral da República - e também ao dado concernente ao lançamento de relatório no processo, com envio de cópia aos Ministros da Corte, pedindo, o relator, dia.

Não devemos, principalmente quando se trata de uma cautelar que se coloca no tempo de forma imediata, partir para a realização de prova pericial, pois o risco de manter-se com plena eficácia a lei, no cenário jurídico, se mostrará muito maior. Continuo convencido de que essa instrução aprofundada do processo visa a uma decisão de mérito e não ao exame preliminar no campo acautelador.

Por isso, peço vênica ao ministro Joaquim Barbosa para acompanhar o relator.



Supremo Tribunal Federal

15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

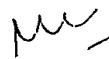
MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO
GRANDE DO SUL

V O T O

(S/ PROPOSTA DE DILIGÊNCIA)

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Senhor Presidente, a própria lei estabelece o conceito desses "softwares", de maneira que me parece dispensável a diligência, com a vênia do Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Acompanho o Relator.



* * * * *

15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO
GRANDE DO SUL

V O T O

VOTO S/ PROPOSTA DE DILIGÊNCIA

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente,
acompanho, **data venia**, o Sr. Ministro Joaquim Barbosa.

CR/

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JMB' followed by a horizontal line and a small flourish.

15/04/2004

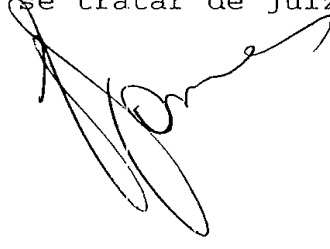
TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO
GRANDE DO SUL

V O T O

(MEDIDA CAUTELAR)

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente,
acompanho o ministro relator, por se tratar de juízo preliminar,
embora com uma certa relutância.



15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, o eminente Relator, a meu ver, feriu os pontos que me parecem nevrálgicos.

Como se trata de juízo sumário sobre a razoabilidade da alegação de inconstitucionalidade, em princípio parece-me que a lei realmente viola alguns princípios constitucionais, porque *a priori* antecipa e predetermina qual o melhor produto para atender a todas as múltiplas necessidades de uso da Informática pela Administração Pública, as quais por natureza só podem discernidas caso a caso, em dependendo a escolha de inúmeros fatores circunstanciais, como o tipo de serviço a que se destina a aquisição, a qualidade de ordem técnica, a ponderação dos custos, a atualidade da versão do produto etc.. Como o demonstrou o Ministro Relator, tais programas, sobretudo os de fonte aberta, estão em contínua mutação e progresso. Só por isso já pode ser que, num determinado momento e em relação a certo serviço, o *software* imposto pela lei não seja necessariamente o mais adequado à satisfação do fim público.

Impressiona-me, em suma, o fato de que essa preferência – no dizer do ilustre advogado do autor, essa opção política – aparenta invadir a esfera do julgamento pontual de conveniência do administrador e comprometer a



ADI 3.059-MC / RS

moralidade e a eficiência do serviço público. Em termos deste juízo sumário sobre a cautelar, parece-me, pois, haver fundamentos para a suspensão da vigência da lei.

Com o devido respeito, acompanho o eminente Relator.



15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

(Apartes)

A Senhora Ministra Ellen Gracie - : Sr. Presidente, também acompanho integralmente o brilhante raciocínio desenvolvido pelo eminente Relator.

Essa questão que estamos enfrentando com a legislação gaúcha, na realidade, se insere numa problemática muito mais ampla, internacional, que diz respeito à nova formatação que haverá de surgir da evolução do direito à propriedade intelectual e artística, não apenas no que diz respeito aos softwares, como a toda produção intelectual, dada a introdução de um fator totalmente novo que nós, até bem pouco tempo, desconhecíamos. O que representou para a civilização humana a invenção da imprensa por Gutemberg está sendo, hoje – e, às vezes não nos apercebemos disso -, a introdução dos meios eletrônicos de difusão de conhecimento. A inovação traz problemas, sem dúvida. Essa legislação do Rio Grande do Sul - um estado de ponta na área de informática - nos indica exatamente onde iremos chegar. Muito provavelmente, a um mundo muito mais compartilhado, em que as informações circulem livremente, independentemente de valor monetário e econômico. Mas, ainda não chegamos lá. Por enquanto, creio que o eminente Relator fez a exegese adequada da Constituição brasileira, que traça limites muito claros, estabelecendo a igualdade de condições entre concorrentes nas licitações públicas.

O Senhor Ministro Maurício Corrêa (Presidente) – Ministra Ellen, se Vossa Excelência me permitir, creio que, embora seja prematuro dizer, e Vossa Excelência foi clara nisso, essa norma faz com que regrida o avanço relativo a essas conquistas sobre informática no campo em que a trata. Ao contrário, *data venia*, com o que se preocupava, a pouco, o Ministro Joaquim Barbosa.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa: Sr. Presidente, informações e noções dessa matéria são tão voláteis.

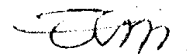
A Sra. Ministra Ellen Gracie – Não, Presidente. A grande questão que existe aqui e foi colocada adequadamente pelo Ministro Peluso é a de um

ADI 3.059-MC / RS

monopólio de fornecimento desses “softwares”, que hoje pertencem praticamente com exclusividade à grande empresa MICROSOFT. Vossa Excelência conhece a grande batalha judicial que se trava nos Estados Unidos exatamente na tentativa de quebra desse monopólio. Defrontam-se MICROSOFT e outros produtores do “software” chamado livre. Hoje sabemos que um dos maiores produtores de “software” livre está longe do Vale do Silício: está exatamente na Índia. E também, em uma boa parte no Brasil, que, se não ameaça como um dos grandes produtores de “software” aproveitável e útil é, pelo menos, o segundo do mundo em número de *hackers*. Isto significa que os nossos jovens estão utilizando muito o sistema de transmissão eletrônica de dados e o utilizando, infelizmente, dentro de um espírito brasileiro de chacota, nem sempre para finalidades produtivas. O que, de qualquer forma, revela sua habilidade para transitar por estas vias.

Mas, isso é apenas uma consideração lateral.

Acompanho integralmente o voto do Relator.



Supremo Tribunal Federal

15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO GRANDE DO SULV O T O

(MEDIDA CAUTELAR)

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, acompanho o Relator no puro e estrito campo deste juízo de delibação da plausibilidade dos fundamentos da arguição 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.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (RELATOR) - Vou tentar me explicar. Só quem pode excepcionar a regra matriz e, portanto, o princípio da igualdade, é uma norma geral. Ela já foi anunciada pela Constituição; é de produção congressual. Os Estados emitem normas específicas para cuidar de suas peculiaridades. Há uma dicotomia clara entre norma geral e específica. No caso concreto, o que fez a administração, o Poder Legislativo? Já se antecipou ao juízo de conveniência da administração e disse que aquele tipo de produto era mais interessante para a administração, era de superior qualidade. A qualidade intrínseca desse produto já foi antecipadamente proclamada pela lei. Então, nesse momento, é que



Supremo Tribunal Federal

ADI 3.059-MC / RS

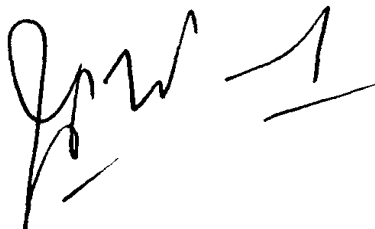
digo que esse juízo padece de um vício lógico, porque só se pode saber qual é o produto melhor para a administração no embate em que a licitação consiste.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Mas, então, isso não poderia ser objeto de norma geral.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (RELATOR) - Não, porque a norma geral poderia dizer o seguinte, não em função do produto, mas do produtor: se o produto for de tecnologia exclusivamente nacional e se o fornecedor se inscrever entre aqueles contemplados pelo art. 170, inciso de número VII ou VIII, eu admitiria se isto proviesse de uma norma geral. Eu conciliaria, então, o veículo, norma geral, com o describe concreto. Não em termos de produto, mas de produtor. Porque entendo que, em termos de produtor, na Constituição, há possibilidade sim de se quebrantar, flexibilizar o princípio da uniformidade licitatória, da igualdade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, apenas fiz a reserva de uma certa perplexidade, que mantenho, com todos esses fundamentos. Mas não posso negar a plausibilidade da arguição.

Acompanho o Ministro-Relator.



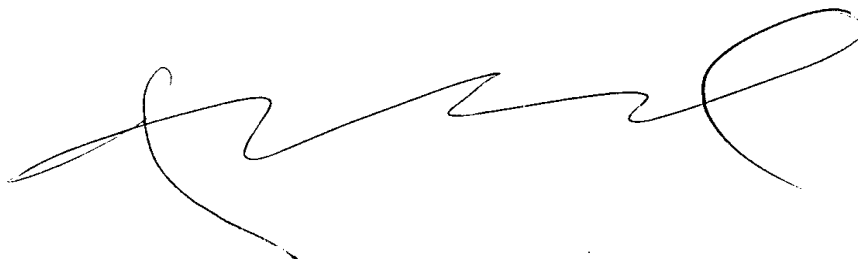
15/04/2004

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE): - Acompanho o voto do Ministro-Relator, descansadamente. Já havia dito ao Ministro Pertence que o seguiria com o voto lúcido, o qual me convenceu plenamente. Por isso, não tenho dúvida NENHUMA de votar com grande consciência e sem qualquer necessidade de outras verificações de ordem jurídica acerca do tema.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA**

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.059-1

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQTE.(S): PARTIDO DA FRENTE LIBERAL - PFL

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

ADV.(A/S): ADMAR GONZAGA

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

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

Decisão: O Tribunal, preliminarmente, afastou o pedido de diligência suscitado pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa, vencidos S. Exa. e o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. A seguir, o Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido cautelar e sustou os efeitos da Lei nº 11.871, de 19 de dezembro de 2002, do Estado do Rio Grande do Sul. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Nelson Jobim. Falou pelo requerente o Dr. Carlos Bastide Horbach. Plenário, 15.04.2004.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.


Luiz Tomimatsu
Coordenador