

DA LEGALIDADE DOS EDITAIS DE CONCURSO PÚBLICO QUE EXIGEM CONHECIMENTO EM SOFTWARE ESPECÍFICO E PROPRIETÁRIO

Thiago Oliveira Castro Vieira¹

RESUMO: *A partir dos princípios do direito administrativo e da exegética constitucional, pretende-se discutir neste artigo a legalidade dos editais de concurso público que cobram conhecimento em software específico e proprietário, procurando demonstrar o conflito existente entre estes atos administrativos com os princípios que orientam e regem a Administração Pública Brasileira. Conclui-se pela ilegalidade e inadmissibilidade destes editais por não estarem de acordo com o que determina a Constituição Brasileira.*

Palavras-chave: Legalidade; Concurso; Software.

INTRODUÇÃO

Hordiernamente é comum encontrar editais de concurso público que exijam dos interessados em ocupar um cargo público conhecimento em informática, o que é perfeitamente compreensível, já que esta tecnologia, ou melhor, esta ciência³ transformou o mundo, trazendo diversas facilidades para a humanidade. Não pode, portanto, a administração pública se fechar aos avanços tecnológicos, sob pena de não alcançar seu objetivo final: o bem-estar social.

São muitos os benefícios oriundos da ciência da computação para a administração pública e seus administrados. Basta observar o crescente número de serviços públicos na internet⁴ para se ter noção das vantagens⁵ trazidas por esta tecnologia.

O que é preocupante, todavia, é a forma como este conhecimento em informática vem sendo cobrado em relação ao *software*. Vem-se buscando do pretense funcionário público o domínio em *software* específico, como por exemplo: *windows*, *word*, *excel*, etc. Em vez de buscar conceitos do gênero do *software* (Ex.: Editor de Texto ao invés de MS Word), buscam-se atalhos, como se estes programas fossem os únicos existentes no mercado, como se a ciência da computação fosse estática, imutável.

Esta postura da administração vem causando conflitos entre particulares e ao Estado, merecendo, portanto, uma análise detalhada dos princípios do direito administrativo envolvidos nesta questão.

Valendo-se do método dialético e da pesquisa documental e bibliográfica, o presente trabalho

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSal, monitor voluntário da disciplina Informática Jurídica na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador. Orientador: Thiago Tavares Nunes de Oliveira, Professor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador, UCSal, thiagotavares@uol.com.br.

³ Ref. à Ciência da Computação

⁴ Alguns serviços públicos disponíveis na internet: Receita Federal Receita <www.receita.fazenda.gov.br>, Delegacia on-line <<http://www.ssp.ba.gov.br>>, Acompanhamento de processo judicial <www.stf.gov.br, www.tj.ba.gov.br, www.trt05.gov.br>, Portal da Transparência - banco de informações, aberto à população, sobre o uso que o Governo Federal faz do dinheiro que arrecada em impostos <www.portaldatransparencia.gov.br>, Certidão Negativa da Justiça Federal <<http://www.trf1.gov.br>>, Licitações On Line <<http://www.pge.go.gov.br/licitacao>>. Todos os links acessados em 28 de maio de 2005.

⁵ Infelizmente estes serviços não estão disponíveis para a maior parte da população, que sofre com a exclusão digital.

não pretende exaurir o objeto em questão e muito menos oferecer uma interpretação técnico-legal do fenômeno, mas apenas e tão somente levantar o problema relacionado à exigência de conhecimento em *software* específico e proprietário em concursos públicos.

SOFTWARE E SEUS MODELOS DE LICENCIAMENTO

Antes de adentrarmos no conteúdo jurídico da questão, faz-se imprescindível conhecermos o conceito de *software*. *Software* é o meio pelo qual o homem interage com a máquina, traduzindo comandos humanamente compreensíveis para a linguagem da máquina⁶. Utilizando um conceito mais técnico, pode-se afirmar que: “um *software* é uma estrutura lógica, um programa que realiza funções dentro de um sistema computacional”⁷

Existem diversos modelos de licenciamento de *software*, dentre eles dois merecem destaque: Software Proprietário e Software Livre. O primeiro trata-se de um modelo que restringe as liberdades do usuário, como, por exemplo, a limitação de usos e finalidades, a restrição ao número de cópias que podem ser instaladas, a proibição do acesso ao código fonte,⁸ dentre outras. Estas restrições legais contidas na licença impossibilitam o estudo e a modificação do *software*. Outra característica que geralmente acompanha o Software Proprietário é o seu alto custo para o consumidor final.

O segundo modelo, conhecido popularmente como Software Livre, surge para garantir a todos os usuários no mínimo quatro liberdades⁹: a liberdade de executar o *software*, para qualquer uso; a liberdade de estudar o funcionamento de um programa e a de adaptá-lo às suas necessidades; a liberdade de redistribuir cópias; a liberdade de melhorar o programa e de tornar as modificações públicas de modo que a comunidade inteira se beneficie da melhoria. Também conhecido como Software Libertário, os Softwares Livres são comumente distribuídos gratuitamente, apesar de não serem necessariamente grátis.¹⁰

O matemático e Professor Pedro Rezende¹¹ bem percebeu e traduziu a diferença entre estes dois modelos de licenciamento de *software*:

No software proprietário, o programador abdica da liberdade de controlar sua obra, em troca de salário e compromisso de sigilo. O distribuidor, fantasiado de 'fabricante', torna-se proprietário de tudo. Desde o código fonte, tido como segredo de negócio, até as cópias executáveis, licenciadas ao usuário sob custódia e regime draconiano. Enquanto no software livre o programador abdica de um dos canais de receita pelo seu trabalho, em troca da preservação do controle dos termos de uso da sua obra. Em contrapartida, se a obra tiver qualidades, agregará eficiência aos empreendimentos em torno dela. Seu valor

⁶ Linguagem da máquina (baixo nível) é o código que o computador executa diretamente. É composta de 0's e 1's, também conhecida como linguagem binária.

⁷ Oliveira, Thiago Tavares Nunes. Decifra-me ou devoro-te: a essência das patentes de software. monografia defendida pelo autor perante Banca Examinadora ocorrida em 24/01/2005 no auditório 42 do Campus da Federação da Universidade Católica do Salvador (Faculdade de Direito). Disponível em <<http://twiki.im.ufba.br/bin/view/PSL/MonoPatentesSoftware>>. Acessado em 28/05/2005.

⁸ Código fonte é o conjunto de palavras, humanamente compreensíveis, escritas de forma ordenada, contendo instruções em uma das [linguagens de programação](#) existente, de maneira lógica. Após compilado, transforma-se em [software](#), ou seja, programas executáveis, humanamente incompreensíveis (vide nota 6). Esta nota de rodapé se baseia na Wikipedia <www.wikipedia.org>. Acessado em 28/05/2005

⁹ Conf. definição da Free Software Foundation

¹⁰ Para avançar nos estudos sobre Software Livre, recomenda-se como leitura básica a Cartilha de Software Livre (<http://twiki.im.ufba.br/bin/view/PSL/CartilhaSL>). Acessado em 28/05/2005.

¹¹ REZENDE, Pedro Antonio Dourado de. SOFTWARE LIVRE - A eucaristia digital. Publicado em 15/06/2004. Disponível em <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=281ENO001>>. Acessado em 29/05/2005.

semiológico, conversível em receita com serviços, será proporcional à magnitude do esforço colaborativo onde se insere. O código fonte é livre sob licença que preserva esta liberdade, enquanto a cópia executável é tida como propriedade do usuário. (...) Só tem a perder com ele (Software Livre) quem consegue galgar posições monopolistas no modelo proprietário. O problema é que a ganância faz muitos acreditarem que serão os eleitos pelo deus mercado, enquanto seguem correndo atrás da cenoura amarrada na ponta da vara que pende das suas carroças digitais, não se importando com os efeitos colaterais de se tratar conhecimento como bem escasso, ao considerarem software como mercadoria. (REZENDE, 2004)

DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Feitos estes breves esclarecimentos sobre o que é *software* e seus dois principais modelos de licenciamento, podemos nos debruçar sobre o conteúdo jurídico da questão. Estariam os editais que priorizam a utilização de Softwares Proprietários em desacordo com os princípios do direito administrativo?

Segundo o *princípio da legalidade*, a administração pública está adstrita à lei. Sendo assim, o administrador público não goza do princípio da autonomia da vontade, pois este só vigora nas relações entre particulares. O estado só deve fazer algo em decorrência da vontade legal e jamais ir de encontro à lei. A inexistência do princípio da legalidade é incompatível com o estado democrático, pois deste princípio decorre a garantia de que os direitos individuais deverão ser respeitados, sob pena do ato administrativo (no caso em análise editais de concurso) que violar a lei ser anulado.

Originário do artigo 5º da Constituição, lei maior do estado brasileiro, o *princípio da igualdade* se firma como direito fundamental, devendo a Administração Pública “dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica”¹².

Além da sólida base deste princípio no artigo 5º, o que já seria suficiente para se impor perante todos os atos administrativos, inclusive os editais de concurso público, encontra-se também solidificado no artigo 37, XXI, também da Constituição Federal de 1998, ao dispor que todo procedimento licitatório deve garantir “igualdade de condições a todos os concorrentes”. Estas disposições consagram o princípio da igualdade e configuram a ilegalidade qualquer ato infundadamente discriminatório praticado pelo Estado. A igualdade também está positivada em normas infraconstitucionais, a exemplo da lei de licitações (Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993) que em seu artigo 3º determina que todo procedimento licitatório deve observar o princípio da igualdade.

Analisando o princípio da igualdade sob a ótica estrita da licitação, é fácil perceber que qualquer restrição infundada ao direito dos licitantes gera uma nulidade no certame. Questiona-se, então, qual seria a fundamentação para que o edital exija conhecimentos de atalhos¹³ em *softwares* específicos e proprietários.

No momento em que se criam regras discriminatórias para concursos públicos, não se está seguindo a vontade da norma e sim contrariando fatalmente o seu interesse, ferindo assim a legalidade, pondo em risco o estado democrático de direito.

As limitações impostas por alguns editais são claramente discriminatórias, sem nenhuma base legal. Cobrar do administrado que ele possua conhecimentos em um determinado Software Proprietário é uma afronta ao ordenamento jurídico pátrio.

A argumentação de que é necessário o conhecimento dos futuros servidores em um determinado *software* utilizado no serviço público, não encontra respaldo nos princípios da

¹² Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 9º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹³ “Atalhos” são caminhos trilhados dentro do *software* para executar determinada função.

administração pública, portanto não é válida para estabelecer critério tão discriminatório, pois, na ciência da computação, o importante são os conceitos e não os atalhos.

Quando um usuário domina o conceito de um determinado gênero de *software*, ele é capaz de transitar facilmente entre todos os *softwares* daquele gênero, porém, quando o usuário não domina os conceitos e só decora os atalhos, ele estará preso a uma determinada versão, de um determinado *software*.

Aqueles que estão adestrados a apenas um *software* e aos seus atalhos, assim como operários nas fábricas de montagem tayloristas¹⁴, terão uma imensa dificuldade com as mudanças, pois não conhecem os conceitos sobre a matéria e não treinaram suas faculdades cognitivas¹⁵, sendo muito provável que a administração se onere com cursos para estes funcionários aptos a utilizar a nova ferramenta computacional. Já os que dominam os conceitos do gênero do *software* não terão maiores dificuldades nas mudanças.

A emenda constitucional nº 19 normatizou o princípio da eficiência, impondo ao administrador uma responsabilidade maior no seu serviço. Desta forma, o administrador deve observar, além da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, a eficiência para a administração dos atos praticados, "positivos para o serviço público e satisfatório no atendimento das necessidades"¹⁶.

Conforme Professor Cardoso ("Princípios constitucionais da administração pública". In: MORAES, Alexandre de (Coord.). Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p. 164), o princípio da eficiência

determina aos órgãos e pessoas da Administração Direta e Indireta que, na busca das finalidades estabelecidas pela ordem jurídica, tenham uma ação instrumental adequada, constituída pelo aproveitamento maximizado e racional dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis, de modo que possa alcançar o melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes.

Para que um processo seletivo seja considerado eficiente, é necessário que o mesmo consiga selecionar os melhores candidatos, os mais preparados para exercer a atividade pública em disputa. O melhor candidato para trabalhar com a ciência da computação é aquele que domina os conceitos e não o que decora os atalhos.

Softwares são extremamente dinâmicos, mudam em uma velocidade impressionante, basta a alteração de algumas linhas no código fonte para se obter um novo *software*. Para acompanhar a velocidade dessas mudanças, deve o usuário estar preparado para eventuais mudanças de versões ou de *softwares*.

Compreendendo esta máxima da ciência da computação, não nos resta dúvida de que a administração deve sempre buscar pelos candidatos que acumulam o maior conhecimento conceitual, sob pena de ferir o princípio da eficiência.

Outro problema diagnosticado nestes editais é o choque com os princípios da impessoalidade e o da finalidade. Ao redigir editais que cobrem, por exemplo, conhecimento específico em Microsoft Word¹⁷, a autoridade pública está criando vantagens para uma determinada empresa, pois o Estado acaba por criar uma reserva de mercado para empresas

¹⁴ Frederick Taylor concebeu como modelo fabril ideal aquele em que a informação é difundida de maneira vertical, seguindo uma hierarquia pré-concebida, onde a base da pirâmide (os operários) tivesse apenas os dados fundamentais para executar suas atividades, nada mais que isso.

¹⁵ "Del acondicionamiento de Taylor sobre los obreros en las fabricas de montaje, donde cada individuo es sometido a un determinado numero de operaciones físicas para dar efectividad a un resultado de producción, pero, sin tomar en cuenta la creatividad o la necesidad de aprendizaje de esos individuos." J.A.R Disponível em <<http://puma.sskii.gu.se/kit/kite03.htm>>. Acessado em 28/05/2005.

¹⁶ Hely Lopes Meirelles (1996:90-91)

¹⁷ Software de edição de texto da Microsoft. Microsoft Word é marca registrada da Microsoft Corp.

privadas e põe à margem do processo licitatório aqueles que não têm condições de adquirir as licenças, desviando assim a finalidade estatal, que é buscar o bem comum e não garantir privilégios para alguns particulares.

A contratação de servidores condicionados a um programa termina por influenciar novos certames, pois, sob a alegação de que se gastaria verba em cursos, a administração termina por adquirir novas licenças do mesmo *software*, prejudicando assim a concorrência.¹⁸

O princípio da finalidade preceitua que “o alvo a ser alcançado pela administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória”¹⁹. Qual o interesse público que se persegue com a exigência de conhecimentos em Softwares Proprietários? É moralmente correto excluir do processo licitatório o administrado que domina a ciência da computação, mas não decorou atalhos?

Como já foi dito anteriormente, o interesse que se persegue com o concurso público é o de contratar o melhor entre os concorrentes. E o melhor para exercer a atividade pública é aquele que transita com facilidade entre as centenas de *software* desenvolvido ou em desenvolvimento. Por exemplo, se a atividade pública exige a utilização de um editor de texto, o melhor candidato para ocupar esta vaga será o que estiver apto a utilizar qualquer *software* deste gênero (Abiword, TextMaker, WordPerfect, Ted, StarOffice, OpenOffice.org Writer, Kword, MS Word, LyX, Kile, dentre outros)²⁰.

Ainda que não fossem ilegais, tais editais sucumbiriam em frente do princípio da moralidade administrativa. Ao analisar o princípio da moralidade, dentre os demais princípios administrativos, a Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha (Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.213-214) explicou, com a propriedade que lhe é peculiar, que

o princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige, no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa.

O administrador não deve observar apenas o estrito respeito à lei, à conveniência, à oportunidade. Deve sempre pautar o exercício da atividade pública na moral, nos bons costumes e saber diferenciar o que é honesto ou não, tendo como referência sempre o interesse público.

Não há moralidade em criar restrições que não se sustentam diante do interesse público, em excluir do processo seletivo (concurso) candidatos que, apesar de terem pleno conhecimento

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC-003.789/1999-3 – Processo do Tribunal de Contas da União que julga ilegal a dispensa de licitação para aquisição de licença de *softwares* sob alegação do princípio da padronização. Segundo o relator, o princípio da padronização “não deve ser obstáculo aos estudos e à efetiva implantação e utilização de software livre no âmbito da Administração Pública Federal, vez que essa alternativa, como já suscitado, poderá trazer vantagens significativas em termos de economia de recursos, segurança e flexibilidade;”

¹⁹ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Ed. 9º, páginas 14 e 15.

²⁰ Abiword < <http://www.abisource.com/> >, TextMaker < http://www.softmaker.de/tm_en.htm >, WordPerfect < http://linux.corel.com/products/wpo2000_linux/ >, Ted < <http://www.nlgg.nl/Ted/> >, StarOffice < <http://www.sun.com/software/star/staroffice/> >, OpenOffice.org Writer < www.openoffice.org.br >, Kword < <http://www.koffice.org/kword/> >, MS Word < www.microsoft.com >, LyX < <http://www.lyx.org/> >, Kile < <http://perso.club-internet.fr/pascal.brachet/kile/> >. Todos acessados em 29/05/2005.

da ciência da computação, não têm acesso a Softwares Proprietários que tem custos sociais²¹ e econômicos²² elevados.

CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado nas linhas acima, tais editais não estão de acordo com os princípios constitucionais nem com os princípios do Direito Administrativo, que devem reger a administração pública. Há claras violações aos princípios da legalidade, da igualdade, da finalidade, da eficiência e da moralidade.

Os administrados que se sentirem lesados por estas ilegalidades devem recorrer ao poder judiciário para que este possa restabelecer a legalidade. Aos administradores, faz-se necessária uma reflexão sobre as razões de não argüir conceitos de gêneros de *software*, ao invés de atalhos de programas específicos.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da administração pública. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). Os 10 anos de Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Thiago Tavares Nunes. Decifra-me ou devoro-te: a essência das patentes de software. Universidade Católica do Salvador (Faculdade de Direito). Disponível em <<http://twiki.im.ufba.br/bin/view/PSL/MonoPatentesSoftware>>. Acessado em 28/05/2005.

REZENDE, Pedro Antonio Dourado de. SOFTWARE LIVRE - A eucaristia digital. Publicado em 15/06/2004. Disponível em <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=281ENO001>>. Acessado em 29/05/2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRÍGUEZ, Julio Alberto. Congnição, Informação, Tecnologia. Disponível em <<http://puma.sskkii.gu.se/kit/kite03.htm>>. Acessado em 28/05/2005.

²¹ “O Software Proprietário tem um custo social alto por ser por natureza anti-social, o compartilhamento não é incentivado, pelo contrário, é reprimido, o seu custo financeiro normalmente é alto, excluindo a massa dos benefícios que ele poderia trazer.” O Software Livre e a Soberania Nacional de Carlos, disponível em <<http://www.vivaolinux.com.br>>. Acessado 29/05/ 2005.

²² Sistema básico da Microsoft, por exemplo, custa R\$ 1.777,00* (Windows XP Home Edition R\$ 699 + Atualização R\$ 399 + Pacote Office licença para fins educacionais R\$ 679), sem falar em anti-virus e demais softwares básicos para um sistema windows. Este custo é superior ao de um Hardware moderno, que fica em torno de R\$ 1.377,00**. *Fonte: <www.submarino.com.br> Acessado em 29/05/2005. ** Fonte: <www.login.com.br> Acessado em 29/05/ 2005.