



ESTADO DE SANTA CATARINA  
PODER JUDICIÁRIO

Vistos etc.

**1.** Este mandado de segurança questiona o resultado de licitação voltada à escolha de prestadores de serviço público de táxi.

O demandante diz que, bem classificado na primeira etapa, foi penalizado porque, na segunda fase, foi atribuída nota que, com exclusividade, definiu a posição final no certame. Quer dizer, a primeira nota foi, para o resultado derradeiro, desconsiderada.

Sustenta que isso ofende a moralidade e a legalidade.

Foi dada liminar em regime de plantão, ponderando-se que houvera decisão pelo TJSC no sentido de permitir reclassificação de outro candidato. Desse modo, preferiu-se tomar posição mais firme, de maneira a sustar como um todo o procedimento licitatório.

Vieram informações defendendo os critérios do Edital, bem como se noticia a apresentação de agravo.

**2.** As informações propiciam que se reveja a liminar.

O provimento, dado sob cognição sumária, permite revisão a todo momento, em havendo fato novo. A apresentação da defesa administrativa vale como tal, haja vista a apresentação de linha de raciocínio diversa daquela exposta pelo acionante. Além disso, o próprio agravo já provoca a análise da retratação.

**3.** A liminar foi dada de maneira muito comedida, ainda mais pelas dificuldades próprias do plantão judicial, quando o tempo para decidir é especialmente escasso.

Agora, porém, melhor postas as versões, creio que se possa refletir mais sobre o assunto.

O Edital é claríssimo, sendo datado de março de 2010. Isso, aliás, leva a questionar a própria tempestividade deste mandado de



ESTADO DE SANTA CATARINA  
PODER JUDICIÁRIO

segurança, que em última análise, acaba indagando sobre aquele ato em si, sendo defensável que o termo *a quo* da decadência (art. 23 da Lei 12.016/209) coincida justamente com a publicação do regulamento da licitação.

Prefiro, porém, cuidar do assunto de fundo, inclusive porque existem ações de rito comum que tratam da mesma questão (e que, por extensão, não se submetem à decadência).

Desnecessário dizer que o Edital rege a licitação. Talvez com exagero, é dito classicamente que se cuida da *lei da licitação*. Não vejo com essa extensão, pois se trata de ato administrativo que vale se for compatível com a lei e, claro, com a Constituição.

Dessa maneira, é de se solucionar um único ponto: ofende postulado legislado o fato de, na licitação, a classificação final ser definida com base na pontuação obtida em segunda etapa, ou necessariamente deve ser feita média aritmética com base nos resultados de fases subsequentes-

Minha resposta é enfaticamente negativa.

Não vejo nenhum óbice ao exercício da discricionariedade administrativa na elaboração dos editais, mais exatamente no que se refere à definição das etapas de avaliação. Rente à lógica que se faça, para a definição de taxistas, exame teórico, avaliando-se as condições mínimas para o exercício do mister. Na minha óptica, entretanto, não existe maltrato a regra ou princípio constitucional (muito menos legal) se for admitido que essa primeira análise tenha apenas pretensão eliminatória, de maneira a afastar candidatos despreparados, ou mesmo para restringir a número mais sensato a quantidade de pretendentes à função.

No caso concreto, a segunda etapa previa pontuações variáveis de acordo com a experiência profissional e o veículo ofertado. Nada de ilógico existe nessa escolha, que se afeiçoa manifestamente com os objetivos de ofertar um bom serviço aos usuários.

Para essa segunda fase, reitere-se, o Edital desprezava a pontuação precedente. Isso, vou também insistir, ocorrera de forma muito antecedente e clara. Cuidou-se de opção do administrador, que atuou justamente no campo próprio da álea afeta ao Poder Público, sem invadir esfera reservada à lei – que intencionalmente não ingressa nessa minudência, debitando ao aplicador da lei as escolhas políticas (no sentido nobre do termo) relativas ao cotidiano das coisas públicas.

A igualdade não é comprometida.



ESTADO DE SANTA CATARINA  
PODER JUDICIÁRIO

Já se disse que *“a lei existe para distinguir”* (Flávio Luiz Yarshel, *A execução e a efetividade em relação à Fazenda*, in Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coord.), *Direito processual público*, Malheiros, 2000, p. 213). Mais rudemente, toda lei gera necessária distinção. A asserção, ainda que esteja distante da originalidade, pode até surpreender em primeira análise, mas é menos perversa do que se também pode supor.

Em visão simplificada do fenômeno jurídico, as leis são concebidas como regras definidoras de situações da vida. Em primeiro momento, são proposições meramente abstratas, descompromissadas com a efetiva transladação do campo teórico para a realidade fenomênica. Concretizados os fatos, em momento subsequente à edição do postulado genericamente estatuído na norma, passam eles a ter relevância para o Direito. Surge a separação entre as circunstâncias que lhe interessam e que lhe são estranhas. Há fatos que não têm pertinência jurídica, justo que alheios ao regramento normativo. Diversamente, outros são da sua alçada: a norma jurídica sobre eles incidiu, *“colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’”* (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. I, Bookseller, 1999, p. 52). A lei vincula ao fato (agora tornado *fato jurídico*) correspondentes efeitos. Dá-se a diferenciação. À pessoa incluída no tal contexto serão impostas determinadas consequências – às demais, não.

Cuida-se de distinção, não há como negar.

De se invocar que essa discriminação, vista na largueza com a qual aqui vem sendo retratada, não ofende nenhum dogma jurídico. Muito pelo contrário. A isonomia não é cultuada por gosto pelas quimeras; tem propósitos pragmáticos, visando à investigação, caso a caso, de intuito escuso por parte do legislador. Usando de diferentes termos, a Constituição não prega propriamente a isonomia, mas veda a discriminação injustificada. Distinção sempre haverá – e, por vezes, será fator de orgulho para o sistema jurídico. Odiosa é a diferenciação maliciosa ou ofensiva a outros valores jurídicos correlatos.

Comum que a isonomia seja apreciada com base na conhecida fórmula aristotélica – tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A parêmia está correta, mas é incompleta, pecando pela tautologia (Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. II, Saraiva, 1989, p. 9). Encampando-se o entendimento de que a discriminação não é, em princípio, ilegítima, deve-se investigar em quais situações será ela efetivamente atentatória à isonomia (compreendida mais amplamente a palavra).



ESTADO DE SANTA CATARINA  
PODER JUDICIÁRIO

Haverá ofensa à isonomia quando ocorrer falta de *“correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida”* (Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, Malheiros, 1993, p. 37-40). Já concluído que a lei, por natureza, é voltada à diferenciação, cuida-se de analisar quando se está diante de distinção (i)legítima. Para tanto, deve-se ponderar o elemento eleito como edificante da separação, bem como a sua adequação com os fins propostos pela norma. A conclusão, entretanto, só será bem sucedida se for feita a confrontação entre o ponto nodal da diferenciação e os desideratos perseguidos pela norma.

Celso Antônio orienta que se deve discernir o *“elemento tomado como fator de determinação”*. Em segundo momento, apura-se a *“correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado”*. Por fim, destaca-se a *“consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte jurisdicizados”* (op. cit., p. 21).

A essência, portanto, está na definição da legitimidade do aspecto discriminatório, submetendo-o a juízo crítico, de sorte a impedir que ocorra efetivo menoscabo à igualdade.

Como já dito, não vejo irracionalidade, após fase apenas eliminatória, em realizar o julgamento final a partir de critérios que dirão respeito imediatamente à prestação dos serviços, desprezados, por extensão, os resultados de etapa apenas teórica precedente.

E por amplitude de razões, inclusive, não há nenhuma ofensa à moralidade administrativa.

**4.** Sob outro prisma, surge um problema muito delicado em razão da vaga invocação de princípios constitucionais.

Sou entusiasta da mais recente valorização dos valores postos na Constituição, que hoje são pacificamente reconhecidas também como *normas*. São, parece-me, o apanágio do *neoconstitucionalismo*. Mas uma crítica que é normalmente feita a esse respeito serve para cá. Os princípios não podem ser invocados aleatoriamente. Cuida-se de postulados que obviamente não são passíveis de compreensão unívoca. Corre-se o risco de, ao aplicá-los, escorregar para um *decisionismo*, no qual as deliberações judiciais ficariam submetidas às compreensões idiossincráticas de cada um, gerando uma indesejada estabilidade. Quer dizer, não pode ocorrer uma simplória invocação de



ESTADO DE SANTA CATARINA  
PODER JUDICIÁRIO

um princípio, tal qual essa simples enunciação tivesse o poder de encerrar qualquer debate. Há de se aplicar essas *normas* (e uso propositadamente a palavra) com juízo crítico, não para fazer prevalecer visões de justiça da alçada exclusiva das concepções de cada o juiz, ma sim para prestigiar valores postos objetivamente pela Constituição.

Não vi, de fato, no Edital impugnado nenhuma demonstração concreta de desapego a postulado constitucional.

O que se vê – sem necessidade de maior esforço – é meramente uma forma cúpida de licitantes derrotados alterarem as regras já definidas, uma vez tendo observado que acabaram derrotados.

5. A decisão que dera a liminar se baseou em decisão monocrática de Desembargador Substituto, dada em regime de plantão.

Não se pode tirar desse provimento força de jurisprudência.

6. Tenho que a tese do autor não tenha plausibilidade, motivo pelo qual não é merecedor da tutela de urgência.

Manter, outrossim, suspensos os atos relacionados à licitação (ou a ela posteriores) prejudica o interesse coletivo, que vê frustrada essa importância iniciativa do Fazenda Pública (no sentido de ampliar o serviço, hoje muito limitado). Além disso, prejudica os outros participantes, que foram, vitoriosos de acordo com as regras objetivamente postas há quase um ano. É de se imaginar, aliás, a apreensão deles, que estavam na iminência de ingressar na nova empreitada, por certo tendo tomado as providências necessárias para tanto.

Esta decisão, é claro, vale para este processo apenas. Não soluciona eventuais liminares dadas em outros feitos, o que haverá de ser tratado caso a caso.

7. Assim, revogo a liminar.

Intimem-se.

Depois, ao Ministério Público.

Florianópolis, 21 de janeiro de 2011.



ESTADO DE SANTA CATARINA  
PODER JUDICIÁRIO

Hélio do Valle Pereira  
Juiz de Direito

Autos 023.11.000866-1