

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.020693-9, da Capital
Relator: Des. Cid Goulart

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADO DE SEGURANÇA Â- PERMISSÃO PARA A EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL POR TÁXI, OUTORGADA AO IMPETRANTE PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS Â- EXIGÊNCIA DE QUE OS PERMISSIONÁRIOS NÃO MANTENHAM VÍNCULO FUNCIONAL OU EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Â- EXECUÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO QUE NÃO SE CONFUNDE COM CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA Â- INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO PRECONIZADA PELO ART. 37, INC. XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL Â- LEGISLAÇÃO MUNICIPAL E EDITAL DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO QUE NÃO CONTEMPLAM TAL ÓBICE Â- DIREITO LÍQUIDO E CERTO VERIFICADO Â- SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM MANTIDA Â- RECURSOS DESPROVIDOS.

"O serviço público municipal de transporte individual de passageiros, por meio de taxímetro (táxi), prestado por particular sob permissão do Poder Público, pessoalmente ou por intermédio de condutor auxiliar indicado pelo permissionário, não se confunde com cargo, função ou emprego público, razão pela qual a acumulação daquela atividade com cargo, função ou emprego público exercido em administração diversa da do permitente, não se insere na vedação prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República, até porque o serviço público municipal de táxi não é remunerado pela Administração Pública e sim por tarifa paga pelo usuário." (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.023177-4, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 12.09.2012)." (Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2013.021505-8, da Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 07-05-2013).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.020693-9, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda Pública), em que são apelantes Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outro, e apelado Norberto Edwino Gehrke:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento aos recursos. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 17 de setembro de 2013, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Cid Goulart, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Henrique Blasi e Francisco Oliveira Neto.

Florianópolis, 18 de setembro de 2013.

Cid Goulart
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Município de Florianópolis em face da sentença de fls. 130-142, que concedeu o pedido formulado em mandado de segurança impetrado por Norberto Edwino Gehrke contra ato do Secretário de Transportes, Mobilidade e Terminais do Município de Florianópolis.

Inconformado, o Ministério Público apelou arguindo que é vedada a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, conforme art. 37, incisos XVI e XVII, da CF/1988 e muito embora o edital tenha suprimido o Anexo III - Declaração de Incompatibilidade Profissional à Condição de Permissionário -, e a Lei Complementar Municipal n. 085/2001 não faça tal exigência, é suficiente o que determina o artigo acima mencionado; que a supressão do Anexo III não cessou o impedimento de servidor público participar da licitação, em virtude do disposto no item 10.1, alínea "h", do Edital; que a impossibilidade de cumulação de cargos, empregos e funções públicas com funções delegadas encontra amparo nos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, visando impedir que um mesmo cidadão ocupe vários lugares ou exerça várias funções sem que as possa desempenhar profissionalmente com a necessária eficiência; que a Lei Complementar Municipal n. 085/2001 dispõe que dentre as obrigações impostas, está a definição de escalas de serviço a fim de que se mantenha o atendimento normal e ininterrupto, inclusive nos períodos noturnos, aos sábados, domingos e feriados, com no mínimo 50% da frota e, por fim, que, o art. 26, inciso IX, da Lei Complementar Municipal n. 085/2001, determina, ainda, que não se pode ceder ou transferir, a que título for, a permissão outorgada ou a "licença de tráfego" do veículo, exceto nos casos previstos em lei (fls. 145-153).

O Município de Florianópolis apelou alegando, em síntese, que é vedada a acumulação de cargos, empregos e funções públicas; que a concessão da segurança daria ao servidor público a possibilidade de ocupar duas funções públicas remuneradas fora das exceções previstas pelo inciso XVI do art. 37, da Constituição Federal (fls. 170-175).

Contrarrrazões às fls. 182-197 e 214-226.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Doutor Guido Feuser, opinou pelo conhecimento e provimento dos recursos (fls. 232-238).

É a síntese do essencial.

VOTO

A sentença objurgada adota entendimento pacificado no âmbito desta Corte e a bem da verdade, o tema em debate não é novo nesta Corte, tendo sido abordado com primor e à exaustão no Grupo de Câmaras de Direito Público, por conta do julgamento da Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.023177-4, também da Capital, relatada pelo insigne Desembargador Jaime Ramos, de cujo voto extrai-se, por significativo, os argumentos que adoto como substrato do meu convencimento:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS POR MEIO DE TAXÍMETRO (TÁXI) - PARTICIPAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DE SERVIDOR OU EMPREGADO PÚBLICO NÃO VINCULADO AO PERMITENTE - POSSIBILIDADE - CUMULAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PERMITIDO COM CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO PÚBLICO - ADMISSIBILIDADE QUANDO NÃO HOUVER PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL OU LEGAL - INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NOS INCISOS XVI E XVII DO ART. 37, DA CF/1988 - DIREITO À PERMISSÃO.

"O serviço público municipal de transporte individual de passageiros, por meio de taxímetro (táxi), prestado por particular sob permissão do Poder Público, pessoalmente ou por intermédio de condutor auxiliar indicado pelo permissionário, não se confunde com cargo, função ou emprego público, razão pela qual a acumulação daquela atividade com cargo, função ou emprego público exercido em administração diversa da do permitente, não se insere na vedação prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República, até porque o serviço público municipal de táxi não é remunerado pela Administração Pública e sim por tarifa paga pelo usuário." (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.023177-4, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 12-09-2012).

Do corpo do aresto supra se colhe:

"Trata-se de matéria submetida à apreciação deste Grupo de Câmaras de Direito Público, com fundamento no art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil, a fim de prevenir divergência jurisprudencial para os julgamentos futuros, especialmente em relação à possibilidade ou não de a Administração Pública permitir que o ocupante de cargo, função ou emprego público, mediante licitação, explore, por meio de táxi, o serviço público municipal de transporte individual de passageiros.

"1. A Constituição da República garante o livre "exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (art. 5º, inciso XIII).

"É evidente que, em se tratando de serviço público, o exercício dele depende da qualificação e aprovação do interessado em processo de licitação.

"Acerca da prestação de serviços públicos sob o regime de concessão ou permissão, a Carta Magna estabelece o seguinte:

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob

regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

"Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado'.

"A Lei Federal n. 8.987, de 13/02/1995, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175, da Carta Magna, preconiza:

"Art. 1º - As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

"Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

"Art. 2º - Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

"I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

"II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

"[...]

"IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

"Art. 3º - As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

"[...]

"Art. 5º - O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

"Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

"§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas [...]'.

"O Município de Florianópolis, a quem compete, nos termos do art. 30, da Constituição Federal, "legislar sobre assuntos de interesse local" (inciso I), e "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (inciso II), bem como "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou

permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial" (inciso V), editou a Lei Complementar n. 85, de 11/09/2001, segundo a qual "o serviço de Táxi no Município de Florianópolis reger-se-á pelas disposições desta Lei, de Decretos regulamentares e através de normas complementares expedidas pelo Órgão Gestor de Transportes" (art. 1º); e "será administrado pela Prefeitura Municipal de Florianópolis, através do seu Órgão Gestor, com a competência de planejar, controlar, fiscalizar e delegar a prestação do serviço mediante permissão" (parágrafo único do art. 1º); considerando-se como permissão o "ato administrativo pelo qual a Prefeitura Municipal através do seu Órgão Gestor, delega a terceiros, por intermédio de licitação, a execução do serviço público de táxi, nas condições estabelecidas nesta Lei" (inciso XV do art. 2º).

"HELY LOPES MEIRELLES ensina que "a Constituição Federal dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos. Dessa forma, a lei disporá sobre o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, a obrigação de manter serviço adequado e as reclamações relativas à prestação (arts. 175, parágrafo único, e 37, § 3º). A Constituição insere, ainda, o conceito de serviço relevante, como o de saúde (art. 197). Atendendo a essa orientação, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) considera como direito básico do usuário a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º) e, em complemento, obriga o Poder Público ou seus delegados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, dispondo sobre os meios para o cumprimento daquelas obrigações e a reparação dos danos (art. 22 e parágrafo único)" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 363/364).

"Os serviços permitidos, na lição de HELY LOPES MEIRELLES, "são todos aqueles em que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral (termo de permissão), comete a execução aos particulares que demonstrem capacidade para seu desempenho [...].

"A *permissão* é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para exploração do serviço, a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando a atrair a iniciativa privada.

"[...]

"O serviço permitido é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, mas sempre nas condições e com os requisitos preestabelecidos pela Administração permitente, que o controla em toda sua execução, podendo nele intervir quando prestado inadequadamente aos usuários" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 442/443).

"CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que a "permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. Dita outorga se faz por licitação (art. 175 da Constituição Federal) e pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do

permissionário pagamento(s) como contraprestação.

"Nos termos da Lei 8.987, a permissão assujeita-se às disposições deste diploma (parágrafo único do art. 40)' (Curso de Direito Administrativo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 767).

"A permissão de serviço público, para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, 'é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário' (Direito administrativo. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 304).

"Portanto, de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a doutrina, os serviços públicos poderão ser prestados, na forma da lei, diretamente pelo Poder Público ou sob o regime de concessão ou permissão, mediante processo licitatório.

"A permissão, como se viu, é caracterizada por ato da Administração Pública que transfere ao particular, vencedor da licitação, a execução de um serviço público que será realizado em nome e por conta e risco do prestador, e remunerado por tarifa paga pelo usuário.

"2. A prova dos autos dá conta de que o Município de Florianópolis, no dia 26/03/2010, expediu o Edital de Licitação (Concorrência Pública n. 001/2010 - SMTMT), com o objetivo de selecionar pessoas físicas, às quais, por meio de permissões (200 permissões), seria delegada a execução do serviço público de transporte individual pela modalidade de taxímetro (táxi).

"O impetrante/apelado, que é empregado público da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO -, e exerce suas atividades no Aeroporto Internacional de Florianópolis, conforme demonstra o Contrato de Trabalho firmado em 20/10/2010, participou do processo seletivo e foi classificado na licitação em 81º lugar, e em 94º na ordem de chamada, motivo pelo qual optou pelo ponto de táxi denominado "Ingleses (Angeloni/Praiatu)" (fl. 79).

"Não obstante, o contrato administrativo relativo à permissão não foi assinado porque, de acordo com o entendimento do Município de Florianópolis e do Ministério Público Estadual, os incisos XVI e XVII do art. 37, da Constituição da República, vedam a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas com função/serviço público delegado e, por isso, não se pode outorgar ao ocupante de cargo, função ou emprego público, a permissão para explorar o serviço público municipal de transporte de passageiros pelo sistema de táxi.

"O impetrante/apelado, por sua vez, alega que, no caso concreto, não se aplica a incompatibilidade prevista nos incisos XVI e XVII do art. 37, da Constituição Federal, porque o serviço público de táxi não se enquadra nas definições técnico-legais de cargo, emprego ou função pública e, além disso, não é remunerado pelos cofres públicos.

"Razão não assiste aos apelantes.

"Registre-se, inicialmente, que a Lei Federal n. 8.666, de 21/06/1993 (Lei das Licitações), considera 'servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público' (art. 84, 'caput'); e equipara 'a servidor público, para fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais

entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público' (§ 1º do art. 84).

"Impende enfatizar, também, que a Lei Complementar Municipal n. 085, de 11/09/2001, do Município de Florianópolis, que dispõe sobre a prestação do serviço público municipal de táxi, não veda a participação de servidor público, empregado público ou detentor de função pública no processo licitatório, nem a outorga da permissão para a exploração do referido serviço público.

"Aliás, acerca da inexistência de impedimento quanto à participação, na licitação, de ocupante de cargo, função ou emprego público, o próprio Ministério Público confessa que "ainda que o Edital tenha suprimido o Anexo III - Declaração de Incompatibilidade Profissional à Condição de Permissionário -, e a Lei Complementar n. 085/2001 não faça tal exigência, basta o que dispõe o artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal" (fl. 147).

"É verdade que o disposto no subitem 10.1, alínea 'h', do edital (Concorrência Pública n. 001/2010 - SMTMT), referido pelo Município e pelo Ministério Público, exige que 'os licitantes classificados na prova escrita deverão apresentar no Envelope n. 01 (habilitação) os seguintes documentos: [...] h) Declaração de Inexistência de Superveniência de Fato Impeditivo a sua participação na licitação, conforme anexo VII deste Edital' (fl. 51).

"Contudo, o fato superveniente capaz de impedir que o candidato continue participando da licitação, ou que não lhe seja permitida a exploração do serviço público, não tem qualquer relação com a circunstância de o candidato, no curso do processo licitatório, ter assumido o exercício de cargo ou função pública, ou de ter sido admitido para ocupar emprego público, sobretudo porque o subitem 4.1., do edital, determina que 'poderão participar da presente licitação todas as pessoas físicas que satisfaçam, integralmente, as condições estabelecidas no presente edital'.

"De outro lado, o edital expressamente determina que não podem participar da licitação as pessoas indicadas nos subitens 4.2 e 4.3, assim redigidos:

"4.2. É vedada, nesta licitação, a participação de atuais permissionários de transporte de passageiros ou de qualquer Serviço Público ou de interesse Público Federal, Estadual ou Municipal.

"4.3. Não será admitida a participação de licitante ex-permissionário ou ex-condutor auxiliar que teve sua permissão ou registro de condutor cassado, salvo se cumpridas as exigências de reabilitação'.

"Vê-se, portanto, que o edital de licitação, a exemplo da Lei Complementar Municipal n. 085/2001, não proíbe o ocupante de cargo ou função pública, nem o empregado público de participar da licitação, motivo pelo qual, com fundamento nas normas do edital e da legislação municipal que rege a matéria, o concorrente não pode ser alijado do certame.

"De igual modo, as vedações previstas no art. 9º, da Lei Federal n. 8.666, de 21/06/1993, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, não se aplicam ao servidor público, empregado público ou detentor de função pública que não estejam vinculados ou que não pertençam ao quadro de pessoal do licitante.

"O dispositivo legal está assim redigido:

"Art. 9º - Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

"I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

"II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do

projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

""III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

""§ 1º - É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

""§ 2º - O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

""§ 3º - Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

""§ 4º - O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação'.

"Ora, o que a norma legal veda é a participação, direta ou indireta, daquele que exerce cargo, função ou emprego público, ou que seja dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, o que não é a hipótese dos autos porque o objeto da licitação é o serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, e o candidato/participante é empregado de empresa pública da União e não do Município de Florianópolis.

"MARÇAL JUSTEN FILHO, acerca do impedimento do servidor público, anotou:

""Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo pressuposto necessário da lisura da licitação e contratação administrativas. A caracterização da participação indireta contida no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.

""Há precedente esclarecedor, oriundo do TCU, sobre o tema. No voto do Relator, foi incorporado trecho bastante elucidativo sobre a interpretação adequada do art. 9º. Sustentava-se a ausência de impedimento se o servidor público não dispusesse de condições para interferir sobre o destino da licitação. O raciocínio foi rejeitado mediante a afirmação que o deslinde da questão 'não passa pela avaliação de saber se os servidores ... detinham ou não informações privilegiadas basta que o interessado seja servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante para que esteja impedido de participar, direta ou indiretamente, de licitação por ele realizada' (Decisão n. 133/1997, Plenário, rel. Min. Bento José Bulgarelli).

""Em outra ocasião, o mesmo TCU firmou entendimento no sentido de que, apesar de o sujeito 'não ocupar cargo público ou função de confiança, ao representar o MinC como dirigente de um programa do Ministério, passou a exercer o múnus público que o obrigava a atuar de acordo com o interesse público e, consequentemente, o impedia de contratar com a Administração pública' (Acórdão n.

601/2003, Plenário, rel. Min Augusto Sherman Cavalcanti).

"Esse impedimento atinge até mesmo o servidor que esteja licenciado.

"Jurisprudência do STJ

"o fato de o servidor citado estar licenciado, à época da licitação, é irrelevante porque não deixou ele de ser funcionário da, de ter vínculo com esta. Atenta contra o princípio da moralidade pública admitir a participação de servidor licenciado da administração, em licitação. Com isso, estaria sendo atingido o princípio da igualdade que deve imperar no certame. É verdade que o artigo 84, caput da mencionada norma legal [Lei 8.666/93], considera como servidor público aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público, mas isso não quer dizer que o servidor licenciado deixe de ser servidor, porque ele continua vinculado à administração. Seu contrato de trabalho está apenas interrompido ou suspenso, mas em vigor" (Resp n. 254.115/SP, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, j. em 20.06.2000, DJ de 14.08.2000)" (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 166/167).

"Então, como se viu, a Lei Federal n. 8.666/1993 (Lei das Licitações), em respeito ao princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, 'caput', da Constituição Federal de 1988), veda a participação, direta ou indireta, na licitação ou na execução da obra ou serviço, do dirigente e do ocupante de cargo, emprego ou função pública do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, o que não se aplica ao empregado público da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO -, vinculada à Secretaria da Aviação Civil, Órgão da União, porque a licitação foi realizada pelo Município de Florianópolis e não pela Empresa Pública empregadora.

"Portanto, a Lei Federal n. 8.666/1993, a Lei Municipal n. 085/2001, e as normas editalícias não vedam a participação do empregado de empresa pública federal, no processo de licitação destinado a execução do serviço público municipal de transporte individual, por meio de táxi e, via de consequência, não afastam, no caso de ser selecionado, o direito à permissão.

"4. A controvérsia, então, se restringe a saber se a acumulação de cargo, função ou emprego público com a permissão para a exploração do serviço público municipal de transporte individual, por meio de táxi, é vedada pelos incisos XVI e XVII do art. 37, da Carta Magna (art. 24, 'caput', e parágrafo único, da CE/1989).

"Os incisos XVI e XVII do art. 37, da Constituição da República, que, segundo os apelantes, impediriam a Administração Pública de delegar ao empregado público, mediante permissão, a prestação do serviço público de transporte de passageiro (táxi), têm a seguinte redação, respectivamente:

"Art. 37 - [...]

"XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

"a) a de dois cargos de professor;

"b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

"c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

"XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas

subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público'.

"Na lição de HELY LOPES MEIRELLES o '*Cargo público* é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. *Função* é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada através de *pro labore*' (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 459/460).

"Os empregos públicos, na ensinança de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, 'são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. Embora se trate de lei volvida à Administração federal, este conceito, parece-nos, é aplicável a todas as esferas de governo. Quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II, 'a'.

"Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra *inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante*, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto, a *prevista na Consolidação das Leis do Trabalho*.

"Nas *pessoas de Direito Público* (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e em suas Administrações indiretas, as respectivas autarquias e fundações de Direito Público) tanto há servidores titulares de cargos quanto servidores ocupantes de empregos. Nas *pessoas de Direito Privado* da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais de Direito Privado, só há empregos' (Curso de Direito Administrativo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 255/256).

"DIOGENES GASPARINI diz que "cargo público é o menor centro hierarquizado de competências Administração direta, autárquica e fundacional pública, criado por lei ou resolução, com denominação própria e número certo.

"[...]

"O cargo não se confunde com a *função*, embora todo cargo tenha função. Esta é, apenas, a atribuição ou rol de atribuições cometido a determinado agente público para a execução de serviços eventuais ou transitórios, sob o regime celetista, tais como os que justificam a contratação dos agentes temporários (art. 37, IX, da CF). [...] Também não se confunde com *função de confiança*, que, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal, são centros unitários com atribuições de direção, chefia e assessoramento, criados por lei e titularizáveis por servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e da confiança da autoridade com poderes de nomeação [...].

"Tampouco se confunde com *emprego público*. Este é o trabalho, o ofício, exercido por um servidor em caráter permanente, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. A diferença entre função e emprego público está na duração do desempenho, isto é, naquela é temporário, neste é permanente' (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265/266).

"As funções públicas, como leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, 'são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por *titular de cargo efetivo*, da

confiança da autoridade que as preencher (art. 37, V, da Constituição)' (Curso de Direito Administrativo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 255).

"As lições doutrinárias transcritas deixam bastante claro que cargos, empregos e funções públicas são institutos absolutamente distintos.

"De sua parte, o serviço público municipal de transporte individual de passageiro por meio de taxímetro (táxi), pode ser inserido no conceito de serviços de utilidade pública que, na ensinança de HELY LOPES MEIRELLES, 'são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.

"[...] o serviço objetiva *facilitar a vida do indivíduo na coletividade*, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar' (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 366/367).

"DIOGENES GASPARINI lembra que 'entre os serviços municipais destacam-se os de transporte de passageiros, por meio de ônibus ou táxis, que se realizam no interior do território municipal [...]' (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 298).

"Então, não há dúvida alguma de que o transporte de passageiros, por meio de táxi, é um serviço público municipal explorado pelo permissionário, por sua conta e risco, pessoalmente ou por meio de motorista por ele indicado, remunerado por tarifa paga pelos usuários (art. 22, da LCM n. 085/2001) e não pelo erário, mas sempre em conformidade com as normas de Direito Público que disciplinam a matéria e sob o controle do Poder Público que o delegou.

"Mas o serviço público municipal de táxi, cuja prestação é delegada ao particular com permissão do Poder Público, não se confunde com cargo ou emprego público, nem com função pública, razão pela qual a acumulação daquela atividade com o exercício de cargo, função ou emprego público não se insere na vedação prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República (art. 24, 'caput', e parágrafo único, da CE/1989), mormente porque o serviço público municipal de táxi não é remunerado pela administração Pública e sim por tarifa paga pelo usuário. Logo, não há indevida acumulação de remunerações pagas com recursos públicos.

"Aliás, como ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, 'é importante assinalar que a vedação só existe quando ambos os cargos, empregos ou funções forem remunerados' (Direito administrativo. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 566), o que não ocorre com o exercício de cargo, emprego ou função pública, remunerados pelo Poder Público, e o serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, que é custeado por tarifa paga pelo usuário.

"MARÇAL JUSTEN FILHO, tecendo comentários acerca da acumulação de cargos públicos, anotou:

"A titularidade do cargo público apresenta cunho profissional, na acepção de impor ao indivíduo dedicação e exclusividade. Como regra, aquele que assumir um cargo público não poderá exercer outra profissão ou atividade formal, pública ou privada.

"No entanto, as circunstâncias são variáveis em vista da natureza da atribuição inerente ao cargo. Em inúmeros casos, é do interesse administrativo que o sujeito

não apenas desempenhe as atividades funcionais, mas também mantenha contato com as peculiaridades externas à Administração Pública. Em outras situações, trata-se da possibilidade material de compatibilizar o desempenho das atribuições inerentes a mais de um cargo público.

"Existem regras gerais que se aplicam em conjunto com as específicas para cada cargo público, quando se trata da questão da acumulação de cargos e atividades' (Curso de Direito Administrativo. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 760).

"O mesmo administrativista, discorrendo sobre 'A incompatibilidade entre o exercício do cargo e qualquer outra atividade' registrou:

"É necessário verificar se a natureza das atividades, horários de exercício e outras circunstâncias inerentes ao cargo, impõem, explícita ou implicitamente, a dedicação exclusiva do sujeito.

"Em muitos casos, a dedicação exclusiva não é obrigatória, mas é fundamento para benefícios salariais.

"Em tais hipóteses, é vedado ao servidor dedicar seus préstimos, de modo profissional, a qualquer outra atividade que não se integre nas atribuições do cargo ocupado. Quando existente a imposição de dedicação exclusiva, será proibido o exercício de qualquer outra atividade remunerada. Mas daí não segue que atividades **não remuneradas** estariam automaticamente admitidas.

"Mesmo atividades não remuneradas serão proibidas quando (a) o tempo necessário ao seu desempenho comprometer o exercício satisfatório das atribuições inerentes ao cargo ou (b) caracterizar-se conflito de interesses.

"Esta última alternativa ocorre quando a atividade estranha ao cargo for apta a produzir interesses **incompatíveis** com o desempenho imparcial e satisfatório da atividade inerente ao cargo. O conflito de interesses conduziria à frustração do princípio da impessoalidade, dando oportunidade ao exercício indevido das atribuições inerentes ao cargo.

"[...] A impossibilidade de acumulação do cargo com a atividade privada

"Se as características do cargo e da atividade privada forem compatíveis entre si, poderá admitir-se a acumulação do seu desempenho. Mas dever-se-á, sempre, dar preferência ao cargo público. Isso significa que o sujeito deverá respeitar as regras pertinentes ao desempenho do cargo, dedicando-se à atividade privada **fora** das repartições e dos horários próprios da função pública.

"A atividade privada apenas será admitida se não acarretar prejuízo à atividade própria do cargo público' (Curso de Direito Administrativo. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 761).

"Portanto, observada a natureza, os horários e outras circunstâncias relativas ao cargo, emprego ou função, é possível a acumulação com outra atividade, sem que isso implique ofensa aos incisos XVI e XVII do art. 37, da Constituição Federal.

"Isso porque, como adverte HELY LOPES MEIRELLES, 'a proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente' (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 487), ou seja, se o texto constitucional não disse que o ocupante de cargo, emprego ou função pública não pode ser também permissionário de serviço público (acumulando o exercício de um daqueles com as atividades deste), é evidente que o interprete não poderá dar aos incisos XVI e XVII do art. 37, da Carta Magna, o alcance que o constituinte não previu.

"É verdade que a Lei Federal n. 8.112, de 11/12/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, no inciso XVIII do art. 117, veda o exercício de 'quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho'.

"No entanto, essa norma não é aplicável ao impetrante/apelado.

"Primeiro porque ele não exerce cargo ou função pública, mas ocupa emprego público e, por isso, é submetido às normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e não ao regime estatutário.

"Em segundo lugar porque, segundo o Estatuto, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, é uma 'empresa pública instituída nos termos da Lei n. 5.862, de 12 dezembro de 1972, organizada sob a forma de sociedade anônima, com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, vinculada à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC-PR), reger-se-á pela legislação federal aplicável e por este Estatuto Social' (art. 1º), e os seus empregados 'obedecem ao regime da legislação trabalhista e às normas consignadas no seu Regulamento de Pessoal' (art. 40).

"E no Regulamento de Pessoal da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO -, está bem claro que 'o regime jurídico que disciplina as relações entre a Infraero e os seus empregados obedece às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), legislação complementar específica e práticas de administração de pessoa, bem como este Regulamento e outras normas internas expedidas pela Diretoria da empresa' (www.infraero.gov.br).

"A submissão das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime trabalhista, para regular as relações entre elas e seus empregados, encontra suporte no art. 173, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que determina 'a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários'.

"Terceiro porque, ainda que o disposto no art. 117, inciso XVIII, da Lei Federal n. 8.112/1990 se aplicasse ao impetrante/apelado, a Lei Complementar Municipal n. 085/2001 permite que o serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, seja executado pelo condutor auxiliar indicado pelo permissionário (art. 12, § 2º), ou seja, ele tem a titularidade da permissão, mas o serviço público será realizado pelo condutor auxiliar que ele indicar ao Poder Público permissor e, por isso, a vedação não impede a participação na licitação, nem o direito à permissão.

"Como se disse, a Lei Complementar Municipal n. 085/2001, estabelece que 'o Cadastro de Condutor será constituído pelas seguintes categorias: I - Condutor Permissionário; II - Condutor Auxiliar' (art. 12), e que 'o vencedor do processo de Licitação será denominado Condutor Permissionário, e será identificado no Contrato de Adesão de que trata o art. 9º, desta Lei' (§ 1º do art. 12), e que 'o Condutor Auxiliar será aquele indicado pelo Condutor Permissionário para prestar os serviços relativos à Permissão' (§ 2º do art. 12).

"Desse modo, se o condutor permissionário pode indicar condutor auxiliar para prestar os serviços referentes à permissão (exploração do serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi), a circunstância de ser empregado público, em princípio, não causa nenhum prejuízo à eficiência e à continuidade da prestação do serviço de que trata a permissão, o que afasta a alegação de que não

seria possível cumprir o que determina o art. 26, incisos VIII e IX, da Lei Complementar Municipal n. 085/2001, que obrigam o permissionário, sem prejuízo das obrigações e responsabilidades previstas na supracitada lei, 'a estabelecer, em conjunto com os demais Permissionários, escala de serviço de forma a manter atendimento normal e ininterrupto, inclusive nos períodos noturnos e aos sábados, domingos e feriados, com no mínimo 50% (cinquenta por cento) da frota' (inciso VIII do art. 26); bem como a 'não ceder ou transferir, seja a que título for, a permissão outorgada ou a 'Licença de Tráfego' do veículo, exceto nos casos previstos em lei ou casos excepcionais mediante autorização expressa do Órgão Gestor' (inciso IX do art. 26).

"Ora, a norma legal transcrita proíbe o permissionário de ceder ou transferir a permissão ou a 'licença de tráfego' do veículo, mas permite que o serviço municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, seja executado pelo condutor auxiliar, ou seja, o permissionário poderá 'confiar a direção do veículo apenas a quem, como seu preposto, na qualidade de condutor auxiliar, esteja regularmente inscrito no Cadastro de Condutor' (inciso X do art. 26, da LCM n. 085/2001), o que afasta eventual incompatibilidade de horário, e assegura o cumprimento do disposto nos incisos VIII e IX do art. 26, da Lei Complementar Municipal n. 085/2001.

"Assim, diante dos fundamentos acima alinhados, conclui-se o seguinte:

"1) Os serviços públicos poderão ser prestados, na forma da lei, diretamente pelo Poder Público ou sob o regime de concessão ou permissão, mediante processo licitatório.

"2) A permissão é caracterizada por ato da Administração Pública que transfere ao particular, vencedor da licitação, a execução de um serviço público que será realizado em nome e por conta e risco do prestador, e remunerado por tarifa paga pelo usuário.

"3) A Lei Federal n. 8.666, de 21/06/1993 (Lei das Licitações), considera servidor público, para fins de licitação, 'aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público' (art. 84, 'caput').

"4) O art. 9º, da Lei Federal n. 8.666/1993, veda a participação, direta ou indireta, daquele que exerce cargo, função ou emprego público, ou que seja dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, o que não é a hipótese dos autos porque o objeto da licitação é o serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, e o participante da licitação é empregado de empresa pública federal.

"5) A Lei Municipal n. 085/2001 e as normas editalícias não vedam a participação de ocupante de cargo, empregado ou função pública no processo de licitação destinado a execução do serviço público municipal de transporte individual, por meio de táxi e, via de consequência, não afastam o direito à permissão.

"6) O serviço público municipal de táxi, prestado por particular com permissão do Poder Público, não se confunde com cargo ou emprego, nem com função pública, razão pela qual a acumulação daquela atividade com o exercício de cargo, função ou emprego público não se insere na vedação prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República (art. 24, 'caput', e parágrafo único, da CE/1989), haja vista que o serviço público municipal de táxi não é remunerado pela Administração Pública e sim por tarifa paga pelo usuário. Logo, não há indevida acumulação de remunerações pagas com recursos públicos.

"7) A Constituição Federal não diz que o ocupante de cargo, emprego ou função pública não pode ser também permissionário de serviço público (acumulando o exercício de um daqueles com as atividades deste) e, por isso, é evidente que o interprete não poderá dar aos incisos XVI e XVII do art. 37, da Carta Magna, o alcance que o constituinte não previu, mormente porque, em se tratando de norma restritiva de direito, a interpretação não pode ser ampliativa.

"8) A Lei Complementar Municipal n. 085/2001, proíbe o permissionário de ceder ou transferir, seja a que título for, a permissão ou a 'licença de tráfego' do veículo, mas permite que o serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, seja executado pelo condutor auxiliar indicado por ele e regularmente inscrito no Cadastro de Condutor do Poder Público permissor, o que afasta eventual incompatibilidade de horário, e assegura o cumprimento do disposto no art. 26, incisos VIII e IX, da LCM n. 085/2001.

"Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos voluntários e à remessa oficial, confirmando-se a sentença concessiva da ordem." (grifos do original)

No mesmo norte, no âmbito desta Segunda Câmara de Direito Público, temos:

"REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREFEITURA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS QUE OUTORGOU PERMISSÃO PARA A EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL POR TÁXI AO IMPETRANTE, O QUAL SE ENCONTRA NA IMINÊNCIA DE SER INVESTIDO EM CARGO PÚBLICO. EXIGÊNCIA TODAVIA, POR PARTE DA MUNICIPALIDADE, DE QUE OS PERMISSIONÁRIOS NÃO MANTENHAM VÍNCULO FUNCIONAL OU EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXECUÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO MEDIANTE PERMISSÃO ENTRETANTO QUE NÃO SE CONFUNDE COM CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO PRECONIZADA PELO ART. 37, INC. XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE REGÊNCIA E EDITAL DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO QUE NÃO IMPEDEM A PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES OU EMPREGADOS PÚBLICOS NO CERTAME. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE À MANUTENÇÃO DA PERMISSÃO QUE LHE FORA OUTORGADA INDEPENDENTEMENTE DE EVENTUAL INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO. SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM MANTIDA. REMESSA DESPROVIDA.

"O serviço público municipal de transporte individual de passageiros, por meio de taxímetro (táxi), prestado por particular sob permissão do Poder Público, pessoalmente ou por intermédio de condutor auxiliar indicado pelo permissionário, não se confunde com cargo, função ou emprego público, razão pela qual a acumulação daquela atividade com cargo, função ou emprego público exercido em administração diversa da do permitente, não se insere na vedação prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República, até porque o serviço público municipal de táxi não é remunerado pela Administração Pública e sim por tarifa paga pelo usuário." (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.023177-4, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 12.09.2012)." (Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2013.021505-8, da Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 07-05-2013).

Por tais razões, cumpre desprover os recursos, mantendo *in totum* a sentença recorrida.

Este é o voto.