

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

VANESSA MORITZ LUZ

**ACUMULAÇÃO DA PERMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE POR
TÁXI COM O VÍNCULO FUNCIONAL OU EMPREGATÍCIO COM A
ADMINISTRAÇÃO: O CASO DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS**

FLORIANÓPOLIS

2013

VANESSA MORITZ LUZ

ACUMULAÇÃO DA PERMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE POR
TÁXI COM O VÍNCULO FUNCIONAL OU EMPREGATÍCIO COM A
ADMINISTRAÇÃO: O CASO DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
junto ao curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, na área de Direito Constitucional e
Administrativo.

Orientadora: Prof^a Msc. Leilane Mendonça
Zavarizi da Rosa

FLORIANÓPOLIS

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

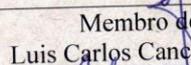
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Acumulação da permissão do serviço público de transporte por táxi com o vínculo funcional ou empregatício com a administração: o caso do município de Florianópolis**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Vanessa Moritz Luz**, defendida em **05/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

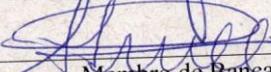
Florianópolis, 5 de Julho de 2013.



Professor(a) Orientador(a)
Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa



Membro de Banca
Luis Carlos Cancellier de Olivo



Membro de Banca
Paolla Salgado Frasson

*Aos meus pais, que sempre priorizaram a minha
educação.*

AGRADECIMENTOS

A Deus por me permitir esta conquista;

Aos meus pais, Vanio Moritz Luz e Dulcemar Moritz Luz, pelo apoio, compreensão, ajuda e, principalmente, por todo amor ao longo desta caminhada;

Aos amigos que fiz durante o curso, que tornaram meus dias, ao longo dos cinco anos, mais alegres e divertidos.

Por fim, à professora Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa, pela orientação deste trabalho.

RESUMO

A Prefeitura Municipal de Florianópolis – SC - lançou edital de licitação para a delegação de permissões destinadas a particulares para a execução do serviço público de transporte por táxi. Alguns vencedores do certame eram servidores públicos. A Comissão impediu a contratação destes com o argumento de que caracterizaria a acumulação de cargos, empregos e função pública expressamente vedada pela Carta Magna, o que levou a impetração de Mandados de Segurança. O objetivo deste trabalho é demonstrar a inaplicabilidade da vedação do artigo 37, inciso XVII, da Constituição Federal neste caso. Utilizou-se o método dedutivo. O procedimento adotado foi a pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que o permissionário de serviço público não faz parte da Administração Indireta e que não exerce a função pública em sentido estrito referida no inciso do artigo supracitado. Ainda que se entenda diferente, a acumulação neste caso não é duplamente remunerada, o que também afasta a aplicação do dispositivo. Há compatibilidade de horários, pois o permissionário pode indicar dois condutores auxiliares. A lei de 8.666/93 veda a participação na licitação apenas dos servidores públicos que fazem parte do órgão ou entidade contratante. Pelo princípio da vinculação ao edital, a Administração não pode incluir uma nova regra ao final do processo licitatório impedindo a contratação de servidores públicos. Este tipo de regra também não pode constar no edital por violar o princípio da isonomia. Os brocardos jurídicos “*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*” e “*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*” aplicam-se ao caso e, como o dispositivo estudado não incluiu os permissionários e concessionários, é vedado ao intérprete fazer esse acréscimo. O juízo *a quo* julgou a favor da acumulação com base principalmente em regras de hermenêutica e interpretação constitucional. O órgão do Ministério Público atuante na 1ª instância manifestou-se contrário a acumulação. Em segundo grau, houve divergência entre Procuradores de Justiça. O Tribunal de Justiça, pelo grupo de Câmaras de Direito Público reunidas, decidiu favorável a acumulação com base em todos os fundamentos citados, com exceção do fato do permissionário não fazer parte da Administração Indireta.

Palavras-chave: Permissão de serviço público de transporte por táxi. Vedação constitucional de acumulações remunerada.

ABSTRACT

The City Government of Florianopolis, in Santa Catarina State, has launched a public procurement designed for individuals, for the granting of permissions to exploit the service of taxi transportation in the city. Some of the winners of the procurement process were public servants. The Procurement Commission decided, for this reason, that these winners could not sign contracts with the City Government. The argument was that the signing of the contracts would characterize cumulative job positions with the public sector, which is expressly prohibited by the *Magna Carta*. This culminated with the impetration of Security Warrants. The objective of the present work is to demonstrate the inapplicability of the bar of the Article 37, item XVII of the Federal Constitution, in this case. The deductive method was used, and the adopted procedure was the bibliographic research. The conclusion was that the grantee of the public service is not part of the Indirect Administration and it does not hold a public position in the restrict sense which the item XVII of the Article above referred. Even if the understanding is different, there is no duplicity of remuneration in this case, which takes away the application of the Article 37, item XVII of the Federal Constitution. There is compatibility of time, as the grantees can indicate two assistant drivers. The law number 8.666 of 1993 only objects that public servants who work for the contracting entity take part in the public procurements of this entity. The principle of binding to the initial procurement regulation says that the Administration cannot include a new rule at the final stage of the public procurement process preventing the recruitment of public servants. Also, this kind of rule cannot be part of the public procurement regulation, as it breaches the isonomy principle. The legal aphorisms *'exceptiones sunt strictissimoe interpretationis'* and *'Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit'* apply to the case and considering that the studied Article 37 of the Constitution does not include the grantees and the concessionaire, it is prohibited to the law interpreter to make this addition. The judgment *'a quo'* ruled in favour of the accumulation, mainly on the basis of the rules of hermeneutic and constitutional interpretation. The Body of the Public Ministry which acts on the First Instance manifested itself as contrary to the accumulation. On a second degree there was a divergence among law prosecutors. The Court of Justice, through the group of gathered Chambers of Public Law, decided in favor to the accumulation on the basis of all the cited grounds, except the fact that the grantee is not part of the Indirect Administration.

Key words: Permission of the public service of Taxi transportation. Constitutional prohibition of cumulative remuneration/salary

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO E AGENTES PÚBLICOS.....	9
2.1 DESCENTRALIZAÇÃO	10
2.2 A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA.....	12
2.3 AGENTES PÚBLICOS.....	15
2.3.1 Classificação dos agentes públicos	17
2.3.2 Servidores Públicos	21
2.3.2.1 Cargo Público.....	22
2.3.2.2 Emprego Público.....	23
2.3.2.3 Função Pública.....	23
3 PERMISSÃO PARA A EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL POR TÁXI.....	28
3.1 SERVIÇO PÚBLICO	28
3.2 CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	37
3.2.1 Concessão	37
3.2.2 Permissão.....	44
3.2.3 Autorização	46
3.3 PERMISSÃO PARA A EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL POR TÁXI	48
4 ACUMULAÇÃO DA PERMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL POR TÁXI COM O VÍNCULO FUNCIONAL OU EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO	54
4.1 CASO PARADIGMA	54
4.2 VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÕES REMUNERADAS	56
4.3 COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS	58
4.4 REGRAS DO PROCESSO LICITATÓRIO	61
4.5 REGRAS DE HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO	66
4.6 JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE.....	72
5 CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS	87
ANEXOS	90

1 INTRODUÇÃO

Em 26.03.2010, a Prefeitura Municipal de Florianópolis lançou o edital de licitação nº 001/2010 – SMTMT, na modalidade concorrência pública, para a delegação de 200 (duzentas) permissões destinadas a particulares para a execução do serviço público de transporte por táxi. A licitação teve um total de 2754 inscritos. Após o transcurso do processo licitatório foi divulgada a lista dos aprovados. Alguns destes eram empregados públicos e outros ocupavam cargos públicos. A Comissão da Licitação, estimulada pela recomendação emitida pela 31ª Promotoria de Justiça da Comarca da Capital, entendeu ser impossível a contratação destes servidores públicos aprovados, em razão do disposto no artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal. A Comissão alegou que a contratação destes servidores públicos para a execução do serviço público de transporte por táxi caracterizaria a acumulação de cargos, empregos e funções públicas expressamente vedada pela Carta Magna. Diante disso, os servidores públicos vencedores do certame foram impedidos de exercerem a condição de permissionário, o que ocasionou a impetração de diversos mandados de segurança.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu no segundo semestre de 2012 o primeiro mandado de segurança sobre o tema. Todavia, a questão é muito controvertida, visto que alguns Procuradores de Justiça e Promotores do Estado de Santa Catarina divergiram sobre a decisão. Ademais, apesar das sentenças de primeiro grau gerarem o mesmo efeito prático que o acórdão proferido pelo Tribunal, os Desembargadores e o juízo *a quo* usaram, como fundamentos principais, argumentos diferentes para as suas decisões.

Para a realização do presente trabalho, utilizou-se o método dedutivo. O procedimento adotado foi a pesquisa bibliográfica.

Apesar da pouca bibliografia específica sobre o tema, pode-se construir um panorama a respeito dos cargos, empregos e funções públicas, além dos modos clássicos de transferência da prestação do serviço público aos particulares. Por intermédio das fundamentações teóricas dos autores Alexandrino e Paulo (2007), Carlin (2005), Carvalho Filho (2009), Gasparini (2010), Justen Filho (2012), Larenz (2005), Maximiliano (2010), Meirelles (2011), Medauar (2009), Mello (2006), Netto (2005), Prado (2008), Pietro (2012) e Silva (2010) foi possível estabelecer a base teórica para o desenvolvimento do trabalho.

Diante dessa situação, questiona-se: O permissionário do serviço público de transporte por táxi pode manter vínculo funcional ou empregatício com a Administração?

O objetivo dessa monografia é demonstrar a inaplicabilidade da vedação do artigo 37, inciso XVII, da Constituição Federal no caso de um permissionário do serviço público de transporte por táxi ser servidor público.

Tem-se também como objetivo demonstrar: os integrantes da Administração Indireta; o conceito da função pública referida pela Carta Magna; o intuito do legislador ao vedar as acumulações de cargo, emprego e função; as regras do processo licitatório; e lições de hermenêutica.

A análise da matéria é de suma relevância, visto que as permissões de táxi são instrumentos utilizados por vários municípios brasileiros e, apesar de todos os cidadãos brasileiros conviverem diariamente com a figura dos taxistas e seus permissionários, não há uma opinião consolidada sobre o assunto.

O trabalho será disposto em três capítulos.

O primeiro capítulo abordará os conceitos de Descentralização da Administração e de Administração Indireta, apontando as suas diferenças. Além disso, caracterizar-se-ão os agentes públicos, especificando suas classificações, em especial os servidores públicos. E por último explicar-se-ão os conceitos de cargos, empregos e funções públicas, os quais são titularizados, ocupados e exercidos por estes servidores.

O segundo capítulo tratará os aspectos referentes ao serviço público e as principais formas de transferência da prestação aos particulares. Analisar-se-á a concessão, permissão e autorização do serviço público e, ainda, a prestação do serviço público de transporte por táxi no Brasil.

O terceiro capítulo irá apresentar o caso paradigma e argumentos que demonstram a possibilidade de acumulação da permissão do serviço público de transporte por táxi com o vínculo funcional ou empregatício com a Administração. Analisar-se-á o intuito da norma dos incisos XVI e XVII do artigo 37 da Constituição Federal, a compatibilidade de horários entre o cargo ou emprego público com a prestação do serviço público de transporte por táxi, as regras do processo licitatório e lições de hermenêutica. Por último, ver-se-á o embate jurisprudencial catarinense.

Seguem, ao final, a conclusão e as referências bibliográficas.

2 DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO E AGENTES PÚBLICOS

2.1 DESCENTRALIZAÇÃO

O Estado pode executar suas atividades previstas constitucionalmente por conta própria ou então pode realizá-las por intermédio de outras pessoas naturais ou jurídicas. Nesta última hipótese ocorre a descentralização. (MELLO, 2006).

Pietro (2012, p. 466) define descentralização como “a distribuição de competências de uma para outra pessoa física ou jurídica”.

Na descentralização, “o Estado *transfere o exercício de atividades que lhe são pertinentes para particulares, ora cria pessoas auxiliares suas*, para desempenhar os cometimentos dessarte descentralizados.” (grifo no original) (MELLO, 2006, p. 137).

Diferentemente, na centralização, o Estado exerce suas atividades de modo direto, por meio de seus órgãos. (MELLO, 2006). Neste caso, apenas ocorre uma distribuição interna de competências entre os órgãos da mesma pessoa jurídica, também chamado de “desconcentração”. Os órgãos estão ligados entre si por uma cadeia hierárquica. (PIETRO, 2012).

Na descentralização, então, o Estado atua de modo indireto,

pois o faz através de outras pessoas, seres juridicamente distintos dele, ainda quando sejam criaturas suas e por isto mesmo se constituam, como ao diante se verá, em parcelas personalizadas da totalidade do aparelho administrativo estatal. (MELLO, 2006, p. 137/138).

Pietro (2011) leciona que pode se falar em descentralização no sentido político ou no sentido administrativo. A descentralização importante para o desenvolvimento deste trabalho é a administrativa, visto que esta é a que indica a forma de organização da Administração Pública.

A descentralização política é aquela que “o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central”. (PIETRO, 2011, p. 42). Como exemplo, no Brasil, têm-se os Estados e os Municípios, visto que as suas atribuições decorrem diretamente da Constituição. (PIETRO, 2011).

Pietro (2011) ressalta que muitos autores consideram apenas duas formas de descentralização administrativa, sendo elas: a descentralização territorial ou geográfica e a descentralização por serviços, funcional ou técnica.

“Descentralização territorial ou geográfica é a que se verifica quando uma entidade local, geograficamente delimitada, é dotada de personalidade jurídica própria, de direito público, com capacidade administrativa genérica.” (PIETRO, 2011, p. 44). A autora explica que no Brasil os territórios federais se enquadram nesse tipo de descentralização.

Descentralização **por serviços, técnica** ou **funcional** é a que se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de **lei** e corresponde, basicamente, à figura da **autarquia**, mas abrange também as **fundações governamentais, sociedades de economia mista** e **empresas públicas**, que exerçam serviços públicos. (grifo no original) (PIETRO, 2011, p. 45).

Os entes descentralizados supracitados detêm a titularidade e a execução do serviço público e são independentes da pessoa jurídica que os instituiu. Apesar de terem capacidade de autoadministração e patrimônio próprio, eles se sujeitam ao controle ou tutela do seu instituidor e não podem desviar-se dos fins que justificaram sua criação. (PIETRO, 2012).

Pietro (2012) acrescenta outra forma de descentralização, fazendo uma classificação tripartite. A terceira modalidade de descentralização é a por colaboração.

Descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de **acordo de vontades** ou **ato administrativo unilateral**, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a **titularidade** do serviço. (grifo no original) (PIETRO, 2011, p. 46).

Ao comparar a descentralização por colaboração com a descentralização por serviços, percebe-se que nesta a descentralização é feita por lei, sendo que a pessoa jurídica criada detém a titularidade e a execução do serviço. E naquela ocorre por acordo de vontades ou ato unilateral, sendo que a execução dos serviços é transferida a uma pessoa jurídica de direito privado. Todavia, a titularidade do serviço continua com o poder concedente. (PIETRO, 2011).

Na descentralização por colaboração, o controle exercido pela Administração é muito mais amplo do que aquele exercido na descentralização por serviços, visto que mediante colaboração o Poder Público continua com a titularidade e, desse modo, pode alterar as condições de execução do serviço e até retomá-lo antes do prazo estabelecido. (PIETRO, 2012.)

Esta última forma de descentralização se dá mediante concessão, permissão e autorização do serviço público. O Poder Público delega a execução do serviço a pessoas jurídicas, com capital exclusivamente privado, já constituídas. A grande vantagem da

concessão e da permissão para o Poder Público é a desnecessidade de investir recursos públicos e também a não submissão aos riscos do empreendimento (PIETRO, 2012).

Um procedimento mais recente de descentralização por colaboração é a delegação do serviço público “a **empresas sob controle acionário do poder público**, referidas na Constituição como categoria própria, diversa das empresas públicas e sociedades de economia mista (arts. 37, XVII¹, e 165, § 5º, II)²”. (PIETRO, 2012, p. 470).

E atualmente,

sob o impulso da chamada Reforma do Estado e da privatização, volta a concessão de serviços públicos a ser utilizada sob a forma originária de delegação a empresas privadas. Isto está sendo feito por dois caminhos: pela **desestatização** (com a venda de ações de empresas estatais para o setor privado, com o que tais empresas deixam de estar sob o controle acionário do Estado) e pela abertura de licitação para outorga de novas concessões. (grifo no original) (PIETRO, 2012, p. 471).

Ante o exposto, destaca-se desde já que a permissão do serviço público de transporte individual por táxi é uma forma de descentralização da Administração por colaboração.

2.2 A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

O Decreto-lei nº 200/67 dispõe sobre a organização da Administração Federal e divide a Administração Pública em Administração Direta e Indireta. (MELLO, 2006).

Mello (2006) explica que a divisão proposta pelo Decreto supracitado não coincide com a divisão feita no tópico anterior de modo que a “Administração centralizada” seria sinônimo de “Administração Direta” e “Administração descentralizada” seria sinônimo de “Administração Indireta”. Estes conceitos não se sobrepõem.

Necessário se faz analisar a artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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**; (grifou-se).

² O artigo citado encontra-se no Anexo A

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.

Desse modo, de acordo com o Decreto-lei nº 200/67, apenas as entidades citadas fazem parte da Administração Federal, ou seja, fazem parte do aparelho estatal. (MELLO, 2006).

Percebe-se, pois, que o critério reitor da classificação foi o *orgânico*, também chamado subjetivo. Com efeito, foram relacionados à conta de entidades da Administração indireta quaisquer sujeitos havidos como unidades integrantes da Administração Federal, *pelo só fato de comporem dito aparelho*, independentemente da natureza substancial da atividade que se lhes considere própria e independentemente do regime jurídico que lhes corresponda (público ou parcialmente privado). Esta conclusão se redemonstra na circunstância de que ficaram à margem de tal esquema, apenas por serem alheios ao sobredito aparelho estatal, sujeitos prestadores de atividades tipicamente administrativa, como os concessionários de serviços públicos ou delegados de ofício público (titulares de serviços notariais e registros de nascimento, de óbito, de casamento etc.). (grifo no original) (MELLO, 2006, p. 143).

“Por isto, ficaram fora da categorização como Administração indireta os casos em que a atividade administrativa é prestada por particulares, “concessionários de serviços públicos” [...]” (MELLO, 2006, p. 143).

Da mesma forma, entende Carvalho Filho (2009, p. 435):

Quando a delegação é feita por contrato ou ato administrativo, já vimos que aparecem como delegatários os concessionários e os permissionários de serviços públicos. Quando é a lei que cria as entidades, surge a Administração Indireta.

No mesmo sentido, dispõe Alexandrino e Paulo (2007, p. 20):

O primeiro ponto digno de nota é a confirmação da recepção do Decreto-Lei nº 200/1967 no que respeita à enumeração das entidades integrantes da Administração Indireta. Essa estrutura, desde a edição da CF/1988, passa a ser obrigatória para todas as esferas da Federação (lembramos que o DL nº 200/1967 era somente aplicável à Administração federal). Como já afirmado, compõem a Administração Indireta as seguintes entidades (e nenhuma outra): autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Do mesmo modo, dispõe Pietro (2012) ao explicar que as críticas dirigidas ao Decreto-lei nº 200/67 são justamente o fato de ele não ter mencionado as entidades que são concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Outra crítica se refere ao seu artigo 5º:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Observa-se que o Decreto-lei em estudo só considerou como empresa pública e sociedades de economia mista as que exercem atividade econômica, ou seja, as que não são entidades descentralizadas. Só há descentralização quando o Estado transfere um serviço público que lhe é próprio. Quando o Estado atua em atividades próprias da iniciativa privada considera-se que há intervenção direta no domínio econômico e não descentralização. (PIETRO, 2012).

Todavia, alerta Pietro (2012) que a expressão atividade econômica deve ser interpretada em sentido amplo para abranger tanto a natureza privada, exercida pelo Estado por meio de intervenção direta no domínio econômico, e a de natureza pública, a execução de serviço público pelo Estado.

Ou seja, resta claro que a Administração Indireta não corresponde totalmente ao conceito de Descentralização Administrativa. Fica fora do conceito de Administração Indireta a descentralização por colaboração, todavia seja uma modalidade de Descentralização Administrativa. E fica fora do conceito de Descentralização Administrativa as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividades econômicas, apesar de estarem incluídas no conceito de Administração Indireta.

Com essa abrangência ampla dada à expressão *atividade econômica*, usada no artigo 5º do Decreto-lei nº 200/67, fica superada a deficiência conceitual de empresa pública e sociedade de economia mista e chega-se a uma conclusão quanto ao sentido em que o legislador empregou a expressão **administração indireta** naquele dispositivo. Não se referiu à administração pública como **atividade** (sentido objetivo), mas como **sujeito** (sentido subjetivo). Desse modo, Administração Indireta, no artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67, significa o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas ou autorizadas por lei, para o desempenho de atividades assumidas pelo Estado, como serviços públicos ou a título de intervenção no domínio econômico. (grifo no original) (PIETRO, 2012, p. 475).

A expressão Administração Indireta na Constituição deve ser interpretada no mesmo sentido subjetivo do Decreto-lei nº 200/67 e, dessa forma, restaram excluídas do conceito de Administração Indireta as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, constituídas ou não com a participação acionária do Estado, quando estas não têm a natureza de empresa pública ou sociedade de economia mista. (PIETRO, 2012).

Destaca Pietro (2012) que quando a Constituição quis alcançar as empresas estatais sob controle acionário do Estado, mas que não têm a natureza de empresas públicas ou sociedades de economia mista, incluindo nessa categoria as concessionárias de serviços públicos, ela fez de modo expresso, como no artigo 37, XVII.³

Logo, a Constituição incluiu na proibição de cumulação de cargos, empregos e funções públicas as concessionárias sob controle acionário do Estado. Todavia, este não é caso dos permissionários do serviço público de transporte individual por táxi, visto que são particulares. A Constituição inclui neste dispositivo toda a Administração Indireta, conforme se depreende pela leitura do *caput*, que são formas de descentralização administrativa por serviços, e empresas sob controle acionário do poder público, que são apenas uma das formas de descentralização administrativa por colaboração. Portanto, não incluiu as pessoas jurídicas de capital exclusivamente privado já constituídas e as pessoas naturais que executam os serviços públicos mediante concessão, permissão e autorização, ou seja, particulares.

2.3 AGENTES PÚBLICOS

Os doutrinadores de Direito Administrativo costumam escrever sobre cargos, empregos e funções públicas, tema de fundamental importância para o respectivo trabalho, em seus manuais em capítulos destinados a explanação dos servidores públicos.

Antes de estudar os servidores públicos é preciso analisar uma terminologia mais ampla – Agentes Públicos.

Pietro (2012) explica que antes o termo servidor público era usado em sentido amplo e em sentido estrito. Todavia, ultimamente, os autores usam o termo agente público para descrever o que antes eles designavam servidores públicos em sentido amplo.

A expressão “agente público”

é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumento expressivos de sua vontade

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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;** (grifou-se).

ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. (MELLO, 2006, p. 226).

Outros autores também utilizam essa expressão de forma ampla para representar “**toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta**”. (grifo no original) (PIETRO, 2012, p. 581).

Assim, o termo “*agente público*” é mais amplo do que servidor público, podendo ser considerado um gênero, do qual servidor público é uma espécie.

Carvalho Filho (2009, p. 559) define agente público como “o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma **função pública** como preposto do Estado”. (grifou-se).

Carvalho Filho (2009) após definir o termo explica que a função pública pode ser ou não remunerada.

Do mesmo modo, Alexandrino e Paulo (2007, p. 57) definem:

todo aquele que exerce, ainda que, transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função pública.

Nota-se que o objetivo da definição é abranger além dos servidores públicos, todas aquelas pessoas naturais que exercem função pública, com ou sem vínculo empregatício (PIETRO, 2012).

Mello (2006, p. 227) coaduna com o entendimento de que a ideia é abranger e usa a expressão função estatal para transpor esta ideia:

Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.

Usar a expressão agente público de maneira abrangente tem um sentido prático, visto que, assim, todos os citados acima como exemplo podem ser “autoridade”, sujeito passivo no mandado de segurança. Todas estas pessoas também são enquadradas nas Leis nº 4.898/65 e nº 8.429/92, as quais tratam, respectivamente, de abuso de autoridade e improbidade administrativa. (MELLO, 2006).

Percebeu-se que na definição de agente público surge também outra expressão - função pública – cuja importância é fundamental para o desenvolvimento do respectivo trabalho. Nota-se também que a expressão função pública foi utilizada com o intuito de

abranger e abarcar o maior número de sujeitos que de alguma forma se relacionam com o Estado.

A função pública também tem seu sentido amplo e seu sentido estrito. Na definição de agente público, o termo é empregado em seu sentido amplo. Compreende a função administrativa, legislativa e jurisdicional, e também as sem vínculo empregatício com o Estado. Assim, agente público designa as pessoas naturais que exercem função pública, com ou sem vínculo empregatício. (PIETRO, 2012).

Sobre a função pública exercida por todos os agentes públicos, independentemente da categoria, Luisa Cristina Pinto e Netto (2005, p.19) explica:

O ponto comum das espécies ou categorias mencionadas, ou seja, a característica essencial do gênero agente público é o fato de que exprime manifestação estatal, desempenha função estatal, tendo, para tanto, sido investido nesta função. Ao conjunto destas variadas espécies de agentes públicos, chama-se, aqui, função pública.

A autora (2005, p. 19) ainda esclarece:

Este é o significado que atribuiu o professor Florivaldo Dutra de Araújo em sua tese de doutoramento, na qual lembrou que a expressão função pública é usada para designar o desempenho de qualquer atividade estatal, bem como pode indicar os servidores públicos em sentido restrito ou amplo. Explica ainda, que há uma correlação entre os dois significados atribuídos à expressão, já que designam os encarregados do desempenho das atividades estatais e estas mesmas atividades (ARAÚJO. Conflitos coletivos e negociação na função pública: contribuição ao tema da participação em direito administrativo, p. 15-16).

A seguir, ver-se-á a função pública em seu sentido estrito.

É importante salientar que alguns agentes públicos fazem parte do aparelho estatal em sua estrutura direta ou indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais) e outros agentes públicos não fazem parte desta estrutura, como, por exemplo, os concessionários, permissionários, delegados de função ou ofício público, alguns requisitados, gestores de negócios públicos e contratados por locação civil de serviços. (MELLO, 2006).

2.3.1 Classificação dos agentes públicos

Os doutrinadores classificam os agentes públicos em algumas categorias. Pietro (2012) classifica em: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público. Já Mello (2006) classifica em três categorias: agentes políticos; servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e particulares em atuação colaboradora com o Poder Público. Há ainda a classificação feita por Meirelles et

al. (2011) que divide os agentes públicos em: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados. Esta última classificação é adotada também por Alexandrino e Paulo (2007) e Silva (2010).

Observa-se que não há consenso a respeito das terminologias utilizadas no estudo do Direito Administrativo, como se vê no tocante às classificações acima descritas.

Para Pietro (2012) agentes políticos são aqueles eleitos para exercerem mandato e atividades típicas de governo. Estes agentes são investidos por meio da eleição. Todavia, excepciona a regra no que toca aos ministros e secretários, visto que estes são investidos mediante nomeação.

Mello (2006) segue o mesmo raciocínio que a autora supracitada. Para ele os agentes políticos tem um vínculo de natureza política com o Estado e o que os torna habilitado para exercer a função não é a sua qualificação profissional, mas o fato de ser cidadão.

Já para Meirelles et. al (2011) os agentes políticos não são apenas os chefes de executivo, seus auxiliares e os membros das corporações legislativas, mas também os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e os representantes diplomáticos.

Seguindo a classificação de Mello (2006), servidores estatais compreendem dois grupos: servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado. Servidores públicos são “aqueles que mantêm vínculos de trabalho *profissional* com as entidades governamentais, *integrados em cargos ou empregos* da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público.” (grifo no original) (MELLO, 2006, p. 231). Nesta categoria estão abarcados os servidores titulares de cargos públicos e os contratados sob o vínculo trabalhista para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. E os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado “*são os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público, os quais estarão todos, obrigatoriamente, sob regime trabalhista*”. (grifo no original) (MELLO, 2006, p. 232).

Apesar de divergir no que toca a terminologia, a classificação de PIETRO (2012) é bem semelhante com a de Mello (2006). Para a autora os servidores públicos se dividem em: servidores estatutários, que são aqueles que ocupam cargos públicos; empregados públicos, que são os ocupantes de emprego público e contratados sob o regime trabalhista; e os servidores temporários, que são aqueles que exercem função, sem estarem vinculados a um

cargo ou emprego. Estes últimos são contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do artigo 37, IX, da Constituição Federal⁴.

Para Meirelles et. al (2011, p. 81/82) a categoria que se equipara com a descrita acima em sua forma de classificação são os agentes administrativos:

A categoria dos *agentes administrativos* – espécie do gênero *agente público* – constitui a imensa massa dos prestadores de serviços à Administração direta e indireta do Estado nas seguintes modalidades admitidas pela Constituição da República de 1988: a) *servidores públicos concursados* (art. 37, II)⁵; b) *servidores públicos exercentes de cargos ou empregos em comissão titulares de cargo ou emprego público* (art. 37, V)⁶; c) *servidores temporários*, contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, IX). (grifo no original).

Esta classificação, independentemente da terminologia usada, é uma das mais importantes para o respectivo trabalho, pois é com base nela que se fará a distinção a seguir do cargo, emprego e função pública em sentido estrito. E com base nessa distinção é possível saber se o permissionário de táxi exerce função pública em sentido estrito.

Outra classificação de extrema importância para esta monografia é aquela que Pietro (2012) denomina “particulares em colaboração com o poder público”. Estes “prestam serviços ao Estado sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração.” (PIETRO, 2012, p. 588).

Pietro (2012) leciona que estes particulares atuam sob títulos diversos. O primeiro deles e o mais importante para esta monografia é a forma de delegação do Poder Público, pois é neste título que se enquadra os permissionários de táxi. Também se enquadra neste aspecto os que exercem serviços notariais e de registro, os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos. “Eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não é paga pelos cofres públicos, mas pelos terceiros usuários do serviço.” (PIETRO, 2012, p. 588/589).

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

⁵ II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

⁶ V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Outro modo dos particulares colaborarem com o Poder Público de acordo com Pietro (2012) é mediante requisição, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes. Este é o caso dos jurados, os convocados para prestação do serviço militar ou eleitoral, os comissários de menores, os integrantes de comissão, etc. Eles “não tem vínculo empregatício e, em geral, não recebem remuneração.” (PIETRO, 2012, p. 589).

E a última possibilidade de um particular colaborar com o Poder Público é como gestor de negócio. Este assume “determinada função pública em momento de emergência, como epidemia, incêndio, enchente, etc.” (PIETRO, 2012, p. 589).

Do mesmo modo, Mello (2006) denomina uma de suas classificações de “particulares em colaboração com a Administração”. Para o autor estes sujeitos não fazem parte do aparelho estatal, apesar de exercerem uma função pública. Ele os subdivide em: requisitados para prestação de atividade pública, sendo os jurados, os que trabalham durante as eleições etc; os que assumem a gestão da coisa pública; os contratados por locação civil de serviços; e os concessionários e permissionários de serviços públicos bem como os delegados de função ou ofício público.

Na classificação de Meirelles et. al (2011) os permissionários e concessionários de serviço público se enquadram na categoria de “agentes delegados”. Para Meirelles (2011, p. 81/82), agentes delegados

são particulares – pessoas físicas ou jurídicas que não se enquadram na concepção própria de agentes públicos – que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse público.

Meirelles et. al (2011) acrescenta algumas categorias em sua classificação, sendo elas: agentes honoríficos e agentes credenciados. Os agentes honoríficos são os jurados, mesários eleitorais, aqueles que dentro da classificação dos autores Mello (2006) e Pietro (2012) estão abarcados na classificação de particulares em colaboração com o Poder Público. E os agentes credenciados “são os que recebem a incumbência da Administração para representa-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante”. (MEIRELLES, 2011, p. 82).

E por fim, Pietro (2012) denomina sua última categoria como “militares”. Para a autora estes são aqueles que prestam serviços para às Forças Armadas, às Polícias Militares e Corpo de Bombeiros, como estatutário.

Independentemente da classificação usada pelos autores, os permissionários de serviço público enquadram-se em particulares que colaboram com a Administração, sendo que esta definição será de suma importância para avaliar a sua possibilidade de cumulação com um cargo ou um emprego público.

Após a explanação sobre quem são os agentes públicos e suas respectivas categorias, pode-se analisar uma categoria específica “servidores públicos” - conforme classificação de Pietro (2012) – e conseqüentemente as definições de cargos, empregos e funções em sentido estrito.

2.3.2 Servidores Públicos

Conforme se viu durante a classificação dos agentes públicos, são os servidores públicos que tem vínculo empregatício com a Administração e são eles que ocupam cargos públicos, empregos públicos e exercem funções em sentido estrito.

É também a eles que a Constituição se refere em sua seção II do Capítulo VII – Da Administração Pública. (PIETRO, 2012). A Constituição “emprega a expressão “servidores Públicos” para designar as pessoas que prestam serviços com vínculo empregatício, à Administração Pública **direta, autarquias e fundações públicas.**” (grifo no original) (PIETRO, 2012, p. 580).

A Constituição brasileira em diversas passagens, refere-se tanto a *cargos* quanto a *empregos*. Portanto, cogita de servidores titulares de cargo e servidores ocupantes de emprego, o que configura uma bifurcação fundamental, da qual se falará mais além. Inúmeras vezes, em paralelismo com cargos e empregos, a Lei Magna fala, ainda em “funções” (*públicas*), tomando a palavra em um sentido restrito, isto é, como designativo de uma forma específica de relacionamento dos titulares de cargo com o Poder Público. (grifo no original) (MELLO, 2006, p. 233).

A subdivisão dos servidores públicos em servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários feita por Pietro (2012) tem por base a própria distinção de cargo, emprego e função pública em sentido estrito.

2.3.2.1 Cargo

Os servidores estatutários estão sujeitos ao regime de mesmo nome e ocupam cargos públicos. Eles se sujeitam no ato da posse a normas inderrogáveis e a um vínculo não passível de ajustes e acordos. (PIETRO, 2012).

“Os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger esta categoria de agentes. Tal regime é estatutário ou institucional; logo, de índole não contratual.” (grifo no original) (MELLO, 2006, p. 234)

Para entender o significado de cargo faz-se necessário compreender as competências da Administração Pública. Pietro (2012, p. 589) leciona que as competências são distribuídas em três níveis: “**pessoas jurídicas** (União, Estados e Municípios), **órgãos** (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e **servidores públicos**; estes ocupam **cargos** ou **empregos** ou exercem **função**”. (grifo no original).

Com efeito, as várias competências previstas na Constituição para a União, Estados e Municípios são distribuídas entre seus respectivos órgãos, cada qual dispondo de determinado número de **cargos** criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento ou remuneração. (grifo no original) (PIETRO, 2012, p. 589).

Silva (2010) complementa esta ideia ao explicar que órgão é unidade jurídica, um centro de competências, que possui dois elementos: um subjetivo, que consiste no agente público que expressa a vontade da Administração, e o objeto, que compreende as competências, as atribuições que caracterizam o cargo, emprego ou função pública.

Cargo é criado por lei e é a unidade mais simples de competência, que é expressa por um agente em uma pessoa jurídica de Direito Público (MELLO, 2006).

Sobre cargo público, ensina Prado (2008, p. 19):

O cargo público é exclusividade do servidor estatutário, com exercício sempre em pessoa jurídica de **direito público**. De outro lado, ao celetista cabe o **emprego público**, que também é um conjunto de atribuições, mas que se diferencia exclusivamente pelo vínculo que une seus titulares ao Estado. Assim, **funcionário (estatutário) será titular de um cargo; empregado (celetista) será titular de um emprego**. (grifo no original)

Assim, cargo é aquele ocupado pelo servidor em uma pessoa jurídica de Direito Público sob o regime estatutário. No próximo tópico, ver-se-á a definição de emprego público.

2.3.2.2 Emprego

O emprego público, assim como o cargo, designa uma unidade de atribuições, todavia, no emprego, os servidores são contratados sob o regime da legislação trabalhista (PIETRO, 2012).

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*. (grifo no original) (MELLO, 2006, p. 235).

“Emprego é o centro de encargos para ser ocupado por servidor contratado pelo regime celetista.” (GASPARINI, 2010, p. 222).

Após as definições de cargo e emprego é possível analisar a expressão função pública em sentido estrito.

2.3.2.3 Função pública

Pietro (2013) leciona que funções públicas são atribuições exercidas pelos servidores públicos, todavia sem correspondência em um cargo ou emprego.

A autora explica que quando a Constituição usa a expressão função, ela está se referindo a duas situações. A primeira seria a que está disposta no artigo 37, IX⁷, da Constituição Federal, ou seja, quando servidores são contratados temporariamente devido a urgência da Administração. Neste caso estes servidores exercem uma função.

A segunda hipótese consiste nas

funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; (PIETRO, 2012, p. 591).

Neste último caso as funções devem ser exercidas somente por servidores ocupantes de cargo efetivo. (PIETRO, 2012).

⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Prado (2008) também entende que função é o acréscimo de algumas atribuições, pelo Poder Público, a um agente que já ocupa um cargo, no qual entrou mediante concurso. Para o autor seria um acréscimo de atividades decorrentes de uma chefia, direção ou assessoramento. Todavia, o autor supracitado faz a ressalva de citar a doutrinadora Pietro e conseqüentemente cita também a segunda possibilidade de função pública decorrente da contratação temporária de servidores.

Este também é o entendimento dos autores Alexandrino e Paulo (2007). Consoante a lição destes autores, o pessoal contratado por prazo determinado com base na Lei nº 8.645/93 não pode ser considerado estatutário nem celetista. Deste modo, como não ocupam cargos nem empregos públicos, eles exercem uma função pública. Os autores também ressaltam outra possibilidade de exercer uma função pública. Esta se encontra no inciso V do artigo 37 da Constituição⁸. Os doutrinadores denominam de função de confiança e elas devem ser ocupadas obrigatoriamente por servidores de cargo efetivo e destinam-se às atribuições de chefia, direção e assessoramento.

Mello (2006, p. 234) somente cita como funções a segunda hipótese descrita por Pietro (2012):

Funções públicas 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 preenche (art. 37, V, da Constituição).

Cabe ressaltar ainda que, para o autor supracitado, a Constituição se refere em função no artigo 37, XVII, em seu sentido estrito⁹. De acordo com este o sentido estrito de função é “designativo de uma forma específica de relacionamento dos *titulares de cargo* com o Poder Público.” (grifo no original) (MELLO, 2006). Assim, a Constituição está se referindo a função de chefia, direção e assessoramento anteriormente citada.

Para Mello (2006), quando a Constituição usa o termo “função” em seus artigos 14, § 9º; 28, § 1º; 37, I, V, XI, XVII e §§ 3º, III, e 4º; 38, I, II e III; 40, § 4º; 42, § 4º; 48, X; 51, IV;

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

⁹ 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;

52, XIII; 54, I, “b”, e II, “b”; 61, § 1º, II, “a”; 95, parágrafo único, I; 142, § 3º, III; 169, §§ 1º e 6º¹⁰, ela está se referindo a estes encargos de direção, chefia ou assessoramento.

Nota-se que os autores pesquisados analisam o tópico sobre cargos, empregos e funções públicas quando estão tratando de servidores públicos, sendo estes estatutários ou celetistas. E ademais, os autores somente fazem referência a dois tipos de funções públicas: aquelas exercidas pelos contratados por prazo determinado e aquelas exercidas por ocupantes de cargo efetivo que realizam atribuições de chefia, assessoramento e direção. Apesar de alguns autores, diferentemente de Mello (2006) e Pietro (2012), não escreverem expressamente que esta é a “função pública” a qual a constituição se refere, percebe-se que ao estudá-la neste tópico em seus livros os autores a usam com um significado diferente quando a usaram-na na definição de agentes públicos.

Assim, importante destacar desde já que quando a Constituição proíbe a cumulação de cargos, empregos e funções em seu artigo 37, XVII¹¹, está se referindo a função de assessoramento, chefia, ou direção, ocupada por um titular de cargo efetivo, ou a função exercida por servidor contratado por prazo determinado.

Como já se viu, o permissionário de serviço público é um particular em colaboração com o Poder Público e exerce uma “função pública *lato sensu*” e não esta a que se refere a Constituição. O significado da função pública por ele exercida visto na seção anterior é bem diferente do significado desta função pública ora em estudo.

Cabe destacar que Silva (2010) em sua doutrina de Direito Constitucional no capítulo referente a servidores públicos, no qual fala da vedação de acumulações remuneradas, explica que o elemento subjetivo do órgão público, agente público, se distingue em agentes políticos, titulares de cargos, e agentes administrativos, sendo que estes últimos são titulares de cargo, emprego e função pública. O autor faz a ressalva de que para a finalidade do estudo não é necessário acrescentar as outras categorias de agentes públicos, como agentes honoríficos e agentes delegados, ou particulares em atuação de colaboração com o Poder Público.

¹⁰ Os artigos citados encontram-se no anexo A

¹¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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;

Ora, se não é necessário explicar as outras categorias de agentes públicos, na qual estão os permissionários e concessionários, para o estudo do capítulo no qual se encontra a análise da vedação constitucional de acumulação remunerada, entende-se por indução que estas categorias não se enquadram na vedação do artigo 37, inciso XVII, da Constituição Federal. Somente as categorias de agentes políticos e agentes administrativos são levadas em consideração para o entendimento do inciso supracitado, visto que são eles que ocupam cargos, empregos e funções públicas em sentido estrito. Ademais somente os agentes administrativos exercem a função pública em sentido estrito:

A função administrativa é exercida por agentes administrativos, ou seja, nos termos da Constituição, por servidores públicos, mediante a ocupação de um cargo, emprego, função autônoma (chamada função pública) ou por contratação. (grifo no original) (SILVA, 2010, p. 678).

E para o autor (2010) a função autônoma é a função de confiança destinada às atribuições de chefia, direção e assessoramento, as quais devem ser exercidas por servidores ocupantes de cargos efetivos. Da mesma forma que Mello (2006), Silva (2010) não inclui o exercício daqueles contratados temporariamente.

Percebe-se que as permissionárias e concessionárias de serviço público são uma forma de descentralização administrativa por colaboração. Apesar de serem uma forma de descentralização, não estão abrangidas no conceito de Administração Indireta e desse modo o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal não se refere a elas, a não ser que as concessionárias sejam empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Ademais, os incisos XVI e XVII do artigo supracitado dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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;

O inciso XVII estendeu a cumulação a toda a Administração Indireta, citando especificamente suas entidades, e incluiu as sociedades sob controle acionário do Estado e conforme se viu estas também podem executar serviços por delegação mediante concessão

(descentralização por colaboração). Ou seja as permissionárias e concessionárias particulares, sem controle acionário do Estado, ou pessoas naturais que exercem serviço público também mediante permissão não foram incluídas no respectivo inciso.

Nota-se ainda que os permissionários são agentes públicos que se enquadram na categoria de particulares em colaboração com o Poder Público, sendo que eles não fazem parte do aparelho estatal.

Os permissionários exercem uma função pública *lato sensu* que representa o vínculo que estes têm com o Estado.

Já a função pública referida no inciso XVII do artigo 37 da Constituição Federal se refere a função pública em sentido restrito, aquela que é exercida somente por servidores públicos. A função pública referida neste inciso é a de chefia, direção e assessoramento ou aquela exercida pelos contratados temporariamente pela Administração com base no inciso IX do mesmo artigo.

Portanto, além dos concessionários e permissionários particulares de serviço públicos não estarem incluídos no inciso XVII da Constituição, também não se enquadram nas situações de exercício da função pública no sentido expresso na Constituição Federal.

Visto as formas de descentralização, em especial a administrativa por colaboração, a espécie de agente público denominada “particulares em colaboração com o Poder Público” e os conceitos de cargo, emprego e função pública, ver-se-á no próximo capítulo a conceituação de serviço público e os modos clássicos pelos quais a Administração transfere aos particulares a prestação deste.

3 PERMISSÃO PARA A EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE POR TÁXI

3.1 SERVIÇO PÚBLICO

Alguns doutrinadores adotam o conceito amplo de serviço público e outros o conceito restrito.

No sentido amplo da expressão “serviço público” são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, quando se menciona o seguinte: o Judiciário presta serviço público relevante; o Legislativo realiza serviço público. Evidente que aí a expressão não se reveste de sentido técnico, nem tais atividades sujeitam-se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como serviço público. (MEDAUAR, 2009, p. 323)

De forma ampla também define José Cretella Junior (1980, p. 55-60 apud PIETRO, 2012, p. 102) ao afirmar que serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico de direito público”.

Já o conceito restrito se refere às atribuições da Administração, inserida no executivo. (MEDAUAR, 2009).

Restritos são os conceitos que confinam o serviço público entre as atividades exercidas pela **Administração Pública**, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional; e, além disso, o consideram como **uma** das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado. (grifo no original) (PIETRO, 2012, p. 103).

Todos doutrinadores pesquisados concordam que a conceituação do serviço público é muito difícil, visto que já foi utilizada como a noção fundamental do Direito Público e também já foi utilizada para distinguir a repartição de competências entre a jurisdição administrativa e a justiça comum do Direito Francês (MELLO, 2006).

Para a Escola do Serviço Público, liderada pelos franceses, “o serviço público era a idéia mestra do direito administrativo e o Estado seria uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes.” (MEDAUAR, 2009, p. 324). Pode-se dizer que o conceito amplo de serviço público no Brasil é utilizado pelos doutrinadores por influência justamente dessa Escola de Serviço Público. (PIETRO, 2012).

A difícil conceituação de “serviço público” fez com que o termo fosse analisado em diferentes enfoques: subjetivo, objetivo e formal (MELLO, 2006).

Em suas origens, os autores, sob a influência da Escola do Serviço Público, adotavam três critérios para definir o serviço público:

1. O **subjutivo**, que considera a **pessoa jurídica** prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado;
2. O **material**, que considera a **atividade** exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;
3. O **formal**, que considera o **regime jurídico**: o serviço público seria aquele exercido sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum. (grifo no original) (PIETRO, 2012, p. 104).

Do mesmo modo, Carvalho Filho (2009) reconhece a existência de três enfoques e apesar de denominá-los de forma um pouco diferente (critério orgânico, critério formal e critério material), a ideia presente nos três é a mesma apresentada pela autora supracitada.

Todavia, os critérios ao longo do tempo foram se mostrando insuficientes, pois em algumas situações o regime jurídico incidente na prestação de serviços públicos é o de direito privado (CARVALHO FILHO, 2009).

[...] o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, passou a delegar a sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado. (PIETRO, 2012, p. 105).

Nota-se também que a noção clássica de que o serviço público seria aquele prestado pelo Estado também se mostra insuficiente, pois sua execução não é restrita apenas ao Estado, mas sim delegada a particulares. (CARVALHO FILHO, 2009).

Logo, dois critérios – o subjutivo e o formal – de conceituação do serviço público foram afetados e se tornaram insuficientes para a definição a qual se prestavam. (PIETRO, 2012)

Desse modo, todos os autores pesquisados são unânimes ao afirmar que se falou muito em crise da noção de serviço público, “que nada mais era do que inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, hoje realizadas sob modos variados.” (MEDAUAR, 2009).

Todavia, Medauar (2009) conclui que a atividade de prestação de serviço público não se encontra em crise. No entanto, o serviço público deve ser caracterizado de acordo com o plano da escolha política do país, que pode estar presente na Constituição, lei ou na sua tradição.

No mesmo sentido, disciplina Pietro (2012, p. 105):

É o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25,

§ 2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria;¹²

No Brasil, não é possível definir se a atividade em si é ou não serviço público, visto que “há atividades essenciais, como a educação, que são exploradas por particulares, sem regime de delegação, e há serviços totalmente dispensáveis, a exemplo das loterias, que são prestados pelo Estado como serviço público.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 464). Logo, “é público todo e qualquer serviço que a Constituição ou as leis afirmem ser público, independentemente de sua natureza.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 464).

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico. (GROTTI, 2003, p. 87 apud MELLO, 2006, p. 634).

Há diversos motivos que levam o Estado a classificar uma atividade como serviço público ou não, entre eles, pode-se citar como exemplo, a retirada de setores frágeis da especulação privada ou o beneficiamento a cidadãos menos favorecidos, o progresso técnico e a carência do setor privado. (MEDAUAR, 2009).

Diante disso, uma possível definição de serviço público é apresentada por Pietro (2012, p. 106):

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público. (grifo no original).

Outra definição é apresentada por Mello (2006, p. 634):

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como público no sistema normativo. (grifo no original)

Percebe-se que os três elementos continuam presentes nas definições, no entanto de forma flexibilizada.

O serviço público continua sendo incumbência do Estado, estando presente o elemento subjetivo, porém sua gestão pode ser feita por meios dos próprios órgãos, pessoas jurídicas criadas pelo Estado para esta finalidade ou ainda por meio de concessão, permissão e autorização. (PIETRO, 2012).

¹² Os artigos citados encontram-se no Anexo A.

Quanto ao elemento formal, observa-se que em relação aos serviços não comerciais ou industriais (classificação que será explicada abaixo) o regime jurídico é de direito público. E nos casos de serviços comerciais e industriais o regime é o de direito comum, entretanto é derogado em diversos momentos pelo direito público. (PIETRO, 2012). Pode se dizer que o regime é híbrido e o direito privado nunca prevalecerá por inteiro. Ademais, nas rotas de colisão, predominará o regime de direito público (CARVALHO FILHO, 2009).

Antes de adentrar nos princípios norteadores, é preciso esclarecer uma outra espécie de crise no serviço público. Esta se deu por influência da privatização em diversos países, nos quais os serviços públicos eram substituídos pela livre iniciativa. No Brasil, pode se citar, como exemplo, a venda das empresas que prestavam serviços públicos de telecomunicações e as que exploravam riquezas minerais. (MELLO, 2006).

Pietro (2012) atribui essa venda das empresas públicas ao setor privado a influências do Tratado de Roma, o qual estabeleceu que os serviços de interesse econômico geral fossem submetidos às regras de concorrência. Diante disto muitos Estados-membros privatizaram seus serviços públicos tradicionais. Contudo, conclui-se que, apesar de que tenha havido privatizações no Brasil se mantém válido os conceitos estipulados anteriormente, pois a Constituição brasileira de 1988 continua atribuindo a prestação de serviços públicos ao Poder Público e, ademais, o Brasil não está vinculado a este tratado.

Apesar dessa difícil conceituação, os doutrinadores coadunam que é possível adotar princípios comuns aos serviços públicos. “René Chapus aponta como princípios do serviço público os da (a) *mutabilidade*, (b) *continuidade* e (c) *igualdade*.” (grifo no original) (MELLO, 2006, p. 639). Pietro (2012) também cita os mesmos princípios, fundamentando com base na doutrina de Rivero.

Já Medauar (2009) dispõe sobre a existência de quatro princípios: 1) funcionamento equitativo ou igualdade de todos perante o serviço público ou paridade de tratamento; 2) funcionamento contínuo; 3) possibilidade de modificar o modo de execução; e 4) funcionamento eficiente.

Carvalho Filho (2009) também conceitua quatro princípios: 1) princípio da generalidade; 2) princípio da continuidade; 3) princípio da eficiência; e 4) princípio da modicidade.

Mello (2006) é o autor que descreve mais princípios, totalizando dez: 1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; 2) princípio da supremacia do interesse

público; 3) princípio da adaptabilidade; 4) princípio da universalidade; 5) princípio da impessoalidade; 6) princípio da continuidade; 7) princípio da transparência; 8) princípio da motivação; 9) princípio da modicidade das tarifas; e 10) princípio do controle. No entanto, nota-se que muitos desses princípios se confundem com os princípios gerais de Direito Administrativo, como se verá.

O princípio da continuidade do serviço público significa que o serviço não pode parar. (PIETRO, 2012).

6) *princípio da continuidade*, significando isto a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido. (grifo no original) (MELLO, 2006, p. 641).

Pietro (2012. p. 112) afirma que ele tem relação direta com os contratos administrativos e com a função pública.

No que concerne aos contratos, o princípio traz como consequências:

1. a imposição de prazos rigorosos ao contrataente;
2. a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço;
3. a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração (hoje abrandada, conforme demonstrado no item 8.6.7.8);
4. o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessários para dar continuidade à execução do serviço. (grifo no original)

Observa-se que a autora está se referindo aos contratos que serão firmados pelos concessionários ou permissionários de serviço público.

Veja-se as implicações no que se refere a função pública:

1. as normas que exigem a permanência do servidor em serviço, quando pede exoneração, pelo prazo fixado em lei;
2. os institutos da substituição, suplência e delegação;
3. a proibição do direito de greve, hoje bastante afetada, não só no Brasil, como também em outros países, como a França, por exemplo. Lá se estabeleceram determinadas regras que procuram conciliar o direito de greve com as necessidades do serviço público; proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escala os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista para o seu início. (PIETRO, 2012, p.112).

Importante ressaltar que a autora relaciona os impactos nos contratos administrativos separadamente dos impactos na função pública. Ou seja, primeiro ela se referiu as concessões e permissões e depois aos servidores públicos. Percebe-se aqui, coadunando com o primeiro capítulo, que quando a autora quis fazer referência as permissões, utilizou-se do termo contrato administrativo e não função pública. E quando usou o termo função pública, referiu-se as pessoas naturais que têm vínculo empregatício ou funcional com o Estado.

Retornando ao princípio da continuidade, tem-se que ele “traz consequências em alguns âmbitos do direito administrativo, como nos contratos e no regime dos servidores.” (MEDAUAR, 2009, p. 326). E o objetivo do princípio é evitar que a paralisação dos serviços públicos cause transtornos na vida dos cidadãos. (CARVALHO FILHO, 2009).

“O princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo.” (grifo no original) (PIETRO, 2012, p. 112). Este corresponde ao princípio da adaptabilidade de Mello (2006). O intuito do princípio é adaptá-lo às tecnologias que surgem e às novas exigências sociais e, para isso, admite-se a modificação unilateral do contrato pela Administração (MEDAUAR, 2009, p. 327).

Já o princípio da igualdade dos usuários caracteriza-se pela impossibilidade de distinção dos usuários pelo caráter pessoal (PIETRO, 2012). É correspondente com o princípio da impessoalidade de Mello (2006). Logo, só é possível fazer distinções de caráter técnico, como por exemplo, isenção de tarifas para idosos. (PIETRO, 2012). Para Carvalho Filho (2009) é denominado “princípio da generalidade”.

O princípio da eficiência citado por alguns autores visa à prestação do serviço público da melhor forma possível. (MEDAUAR, 2009). Observa-se que este princípio deve guiar não apenas o serviço público, mas todo o direito administrativo, visto que a Emenda Constitucional nº 19/98 o incluiu no artigo 37 da Constituição¹³. (CARVALHO FILHO, 2009).

E por último, cita-se o princípio da modicidade, que significa que os serviços públicos devem ser remunerados a um preço acessível aos usuários. Ou seja, o Poder Público deve avaliar o poder aquisitivo da população. (CARVALHO FILHO, 2009). No Brasil, como a maioria da população é pobre, muitas vezes o serviço precisa ser subsidiado pelo Estado. (MELLO, 2006).

Passa-se agora a análise da classificação dos serviços públicos. Neste ponto os doutrinadores não chegam a um consenso. As classificações são as mais diversas possíveis e também não há unanimidade na denominação delas.

Para o estudo do presente trabalho adotar-se-á a classificação feita por Pietro (2012).

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: [...] (grifou-se).

A primeira classificação feita pela referida autora consiste na distinção entre serviços próprios e impróprios. Próprios são aqueles que são executados pelo Estado, podendo ser de forma direta (Administração direta e indireta) ou indireta (concessões e permissionários). E os serviços impróprios são aqueles que não são assumidos nem executados pelo Estado, mas apenas por eles autorizados, regulamentados e fiscalizados. Para autora os impróprios na realidade não são uma forma de serviço público. Todavia, ela reconhece que muitos doutrinadores atribuem a estes serviços o nome de serviços públicos. (PIETRO, 2012).

Em relação a autorização, é importante fazer uma ressalva. Até a 17ª edição do livro da autora, a autorização não era arrolada com uma modalidade de delegação do serviço público, visto que o entendimento era que o serviço era prestado no interesse exclusivo do autoritário. No entanto, houve uma mudança no entendimento, de modo que agora se compreende que os serviços públicos autorizados são aqueles previstos no artigo 21, XI e XII, da Constituição Federal¹⁴, de titularidade da União. Estes serviços (telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea) podem ou não ser delegados. E quando ocorre a delegação chama-se autorização de serviço público. Essa autorização é diferente daquela referida no parágrafo acima. A autorização citada acima se refere aos serviços sociais (classificação que será adiante explicada) como educação e saúde, os quais a própria Constituição deixa aberto para exploração pela iniciativa privada. Neste caso quando a atividade exercida pela iniciativa privada é necessário autorização do Poder Público. Esta autorização é na verdade um ato de polícia. (PIETRO, 2012).

Outra classificação possível consiste na distinção entre serviços administrativos, comerciais ou industriais e sociais. Os administrativos são aqueles executados para atender as necessidades internas. Este conceito recebe críticas, pois ele também pode ser designado para representar todas as atividades do executivo e diferenciá-las das atividades do legislativo e judiciário. Outra crítica refere-se que a classificação também pode designar as atividades meio da Administração e nem todas estas atividades constituem serviço público. (PIETRO, 2012)

Já os serviços comerciais ou industriais são aqueles executados direta ou indiretamente para atender as necessidades coletivas de ordem econômica. É importante ressaltar que estes serviços não se confundem com a atividade econômica prevista nos artigos 173, 176 e 177¹⁵

¹⁴ Os artigos citados encontram-se no anexo A

¹⁵ Os artigos citados encontram-se no Anexo A

da Constituição (aquela que o Estado só executa por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo e aquelas que o Estado assume em caráter de monopólio). Essa atividade econômica dos artigos supramencionados não é serviço público. As atividades de ordem econômica que caracterizam serviços públicos são, por exemplo, os serviços de transporte, energia elétrica, telecomunicações. A estas atividades se aplica o previsto no artigo 175 da Constituição Federal¹⁶. (PIETRO, 2012).

É por isso que no capítulo 1 não se inclui no conceito de Administração descentralizada as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exercem atividades econômicas, pois estas não prestam serviços públicos. Todavia, reconhece-se, apesar da discordância, que autores como Carvalho Filho (2009) consideram estas atividades como serviços públicos.

E o serviço público social

[...] é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social e objetiva atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo artigo 6º da Constituição. (PIETRO, 2012, p. 116).¹⁷

A distinção entre serviços *uti singuli* e serviços *uti universi* parece ser a única que encontra consenso na doutrina.

Os serviços *uti universi* também podem ser chamados de gerais. “Os serviços ditos gerais são prestados a toda coletividade indistintamente, ou seja, seus usuários são indeterminados e indetermináveis.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 467).

Os serviços *uti singuli* são chamados de serviços individuais. Estes “são prestados a um número determinado ou determinável de indivíduos” (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 467).

Para Mello (2006) somente os *uti singuli* podem ser considerados efetivamente serviços públicos, conforme se denota da sua conceituação acima citada.

¹⁶ 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.

¹⁷ O artigo citado encontra-se no Anexo A

No que toca a competência para a prestação dos serviços públicos, eles podem ser considerados federais, estaduais, distritais e municipais. Alguns serviços são comuns a todos os entes e outros serviços são privativos. (CARVALHO FILHO, 2009).

Serviços privativos são aqueles atribuídos a apenas uma das esferas da federação. Como exemplo, temos a emissão e moeda, serviço postal e polícia marítima e aérea, privativos da União (art. 21, VII, X e XXII, CF); o serviço de distribuição de gás canalizado, privativo dos Estados (art. 25, § 2º, CF); a arrecadação de tributos municipais e o transporte coletivo intramunicipal, conferidos aos Municípios (art. 30, III e V, CF).

[...]

Serviços comuns, ao contrário, são os que podem ser prestados por pessoas de mais de uma esfera federativa. A Constituição enumerou vários serviços comuns no art. 23, referindo expressamente a competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Entre eles estão os serviços de saúde pública (inc. II); programas de construção de moradias (inc. IX); proteção do meio ambiente e preservação das florestas, fauna e flora (incs. VI e VII), entre outros. (CARVALHO FILHO, p. 314/315).¹⁸

Para estudar as formas de gestão de serviços públicos é preciso analisar o artigo 175 da Constituição Federal:

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.

Pela análise do dispositivo, nota-se que há duas formas de execução do serviço público: direta ou indiretamente. Quando a Constituição se refere a execução de forma direta, deve-se entender que abrange a execução pela Administração Pública Direta e pela Administração Pública Indireta, estudada no capítulo 1. (PIETRO, 2012).

No mesmo sentido explica Alexandrino e Paulo (2009, p. 471):

Além disso, classificam-se as formas de prestação de serviços públicos em prestação direta e prestação indireta. Infere-se, do caput do art. 175 da Constituição, acima transcrito, que a prestação direta é aquela realizada pela Administração Pública, seja ela Administração Direta ou Administração Indireta. Diversamente, a prestação indireta é a realizada pelos particulares, mediante delegação (a titularidade do serviço permanece, sempre, com o Poder Público), nas modalidades concessão ou permissão de serviços públicos, ambas obrigatoriamente precedidas de licitação.

Nota-se aqui que há uma divisão clara entre a Administração Indireta e os particulares concessionários e permissionários, pois os autores entendem que quando o artigo 175 da Constituição se refere a prestação direta de serviços públicos, deve-se compreender neste

¹⁸ Os artigos citados encontram-se no Anexo A.

conceito a execução do serviço pela Administração Direta e Indireta. E por outro lado, a prestação indireta é aquela realizada pelos permissionários e concessionários.

Este entendimento reafirma o que foi estudado no capítulo 1, quando se concluiu que os concessionários e permissionários do serviço público, apesar de serem uma forma de descentralização administrativa, não fazem parte da Administração Indireta. Ou seja, novamente se afirma que Administração Indireta e descentralização administrativa são conceitos distintos.

As formas descritas na Constituição, concessão, permissão e autorização, são as maneiras tradicionais de gestão dos serviços públicos, conforme se viu na descentralização por colaboração. Todavia, convém destacar que outras formas de gestão de serviço público surgiram ao longo do tempo e estão previstas no direito infraconstitucional brasileiro, que também podem ser consideradas descentralização por colaboração.

Atualmente, as principais formas de gestão abrangem:

- a) A concessão e a permissão de serviços públicos, disciplinadas pela Lei nº 8.987, de 13-2-95;
- b) A concessão patrocinada e a concessão administrativa, englobadas sob o título de parceria público-privada na Lei nº 11.079, de 30-12-2004;
- c) O contrato de gestão como instrumento de parceria com as chamadas organizações sociais, disciplinadas, na esfera federal, pela Lei nº 9.637, de 15-5-98. (PIETRO, 2012, p. 118).

Apesar de existirem atualmente mais formas de gestão dos serviços públicos além daquelas previstas no artigo 175 da Constituição, analisar-se-á nesta monografia apenas a concessão, a permissão e a autorização de serviços públicos, que se verá no tópico abaixo.

“A *concessão*, a *permissão* e a *autorização de serviço público* são os modos clássicos pelos quais a Administração transfere aos particulares a prestação de serviços públicos.” (grifo no original) (MEDAUAR, 2009, p. 328). Para regular a concessão comum¹⁹ e a permissão de serviços públicos foi editada a Lei 8.987/95. (CARVALHO FILHO, 2009).

3.2 CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

3.2.1 Concessão

Novamente este é um termo que divide opiniões doutrinárias. Há três correntes para definição do instituto da concessão. A primeira corrente, influenciada pela doutrina italiana,

¹⁹ A explicação do conceito concessão comum será feita no tópico 3.2.1

entende que concessão abrange “qualquer tipo de ato, unilateral ou bilateral, pelo qual a Administração outorga direitos ou poderes ao particular.” (PIETRO, 2012, p. 296).

Já a segunda corrente diferencia concessão translativa da constitutiva e aceita três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público. (PIETRO, 2012).

E a última corrente só considera como concessão “a delegação de poderes para prestação de serviços públicos, ou seja, a concessão de serviços públicos.” (PIETRO, 2012, p. 296).

A corrente mais aceita pela doutrina brasileira é a segunda. A concessão translativa consiste na transferência de um direito pertencente a um sujeito a outro. Assim, o primeiro sujeito perde o direito e o segundo adquire. Têm-se como exemplo as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas. (PIETRO, 2012). Já a concessão constitutiva “ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre no caso de concessão de uso de bem público.” (PIETRO, 2012, p. 297).

“O ponto comum, em todas as modalidades de concessão, é a reserva que a concedente faz de alguns direitos, poderes e vantagens, como os de rescisão unilateral do contrato, fiscalização, punição etc.” (PIETRO, 2012, p. 297).

Pode-se então dividir a concessão nas seguintes modalidades:

- 1) Concessão de serviço público – é regida pela Lei nº 8.987/95 e é também denominada de concessão tradicional ou comum. A remuneração nesta modalidade é decorrente da tarifa paga pelo usuário. (PIETRO, 2012).
- 2) Concessão patrocinada – é regida pela Lei nº 11.079/04 e é também uma modalidade de concessão de serviço público, como forma de parceria público-privada. A remuneração neste caso é decorrente não apenas da tarifa paga pelo usuário, mas também de contraprestação pecuniária da concedente. (PIETRO, 2012)
- 3) Concessão administrativa – também é regida pela Lei nº 11.079/04 e é uma modalidade de prestação de serviços públicos na qual a Administração Pública é a usuária. A remuneração é decorrente de contraprestação pecuniária da concedente. (PIETRO, 2012)

- 4) Concessão de obra pública – é regida pelas duas leis anteriormente citadas. (PIETRO, 2012).
- 5) Concessão de uso de bem público – é disciplinada por legislações esparsas e pode ocorrer com ou sem exploração do bem. (PIETRO, 2012)

Pietro (2012, p. 298) tenta definir todas estas modalidades em um só conceito:

[...] o **contrato administrativo** pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de **serviço público**, de **obra pública** ou de **serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta**, ou lhe cede o uso de **bem público**, para que explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. (grifo no original).

Há também três correntes doutrinárias para definir a natureza da concessão. Uma corrente entende que a concessão é composta de um ato unilateral ou dois atos unilaterais, visto que todas as cláusulas são estabelecidas somente pela Administração. Uma segunda corrente defende a natureza de um contrato. Esta se subdivide em três. Há quem entenda ser um contrato de direito privado, outros entendem ser de direito público. E por último há também aqueles que acreditam ser um direito misto. A terceira e última corrente acredita que existe na concessão tanto um ato unilateral, no que se refere às cláusulas regulamentares, como também um contrato, no que tange ao equilíbrio econômico financeiro. (PIETRO, 2012).

A doutrina dominante defende a natureza de um contrato administrativo regido por normas de direito público. No sentido de que é contrato administrativo, há defensores como Carvalho Filho (2009), Pietro (2012), Meirelles et. al (2003) , Gasparini (2010) e Carlin (2005).

Analisar-se-á agora o conceito e as características da concessão de serviço público tradicional.

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço. (PIETRO, 2012, p. 302).

E ainda:

Conforme o art. 2º, II, da Lei 8.987/95, concessão de serviço público é a transferência da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. (MEDAUAR, 2009, p. 329).

E para Mello (2006, p. 664):

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. (grifo no original)

“Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de **concedente**, e, o executor do serviço de **concessionário**.” (grifo no original) (CARVALHO FILHO, 2009).

O contrato administrativo de concessão possui cláusulas que atribuem certas prerrogativas ao Estado, como por exemplo as que permitem à concedente alterar e rescindir unilateralmente o contrato, além de fiscalizar a execução e até aplicar penalidades. (CARVALHO FILHO, 2009)

Quando as concessionárias são empresas privadas, não há transformação em órgãos da Administração pela concessão. E também as empresas privadas não passam a integrar a Administração, todavia, os princípios dos serviços públicos lhe são aplicáveis e outros preceitos como a responsabilidade objetiva também. (MEDAUAR, 2009).

A concessão precisa ser feita obrigatoriamente por meio de licitação. Deste modo, sobre aquilo que não estiver disciplinado na Lei nº 8.987/95, deve ser aplicado as normas da Lei nº 8.666/96, exceto o que for contrário a primeira. (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). Sobre licitação dispõe o artigo 2º, II, da Lei nº 8.987/95:

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

[...]

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;

Observa-se que a modalidade de licitação aplicável a concessão é a concorrência. (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). Somente se admite a declaração de inexigibilidade desde que se demonstre a inviabilidade de competição. (PIETRO, 2012).

“O concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do **empreendimento**.” (grifo no original) (PIETRO, 2012, p. 304). Em contrapartida, ele faz jus ao recebimento da tarifa e, apesar da concedente poder alterar unilateralmente o contrato, não é possível alterar o objeto do contrato e é obrigatória a manutenção do equilíbrio econômico financeiro. (PIETRO, 2012). “O poder de alteração unilateral do contrato, em consequência, não pode servir de fonte de abusos por parte do concedente [...]” (CARVALHO FILHO, 2009).

Em relação a tarifa, dispõe o artigo 23, IV, da Lei 8.987/95:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...]

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

Logo, a tarifa, que tem natureza de preço público, deve ser obrigatoriamente fixada no contrato. (PIETRO, 2012). Ressalta-se que aqui se deve observar o princípio da modicidade das tarifas. Todavia, se a tarifa for muito baixa a ponto de ocorrer um desequilíbrio econômico-financeiro, a Administração deve prever no edital outras fontes de receitas. (MEDAUAR, 2009).

A responsabilidade civil dos concessionários é objetiva conforme dispõe o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Percebe-se aqui que, diferentemente do inciso XVII²⁰ do mesmo artigo, a Constituição estendeu a norma às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

A Administração responderá subsidiariamente caso a concessionária não tenha bens suficientes para adimplir a dívida. A concedente também pode responder solidariamente na hipótese de má escolha da concessionária. (PIETRO, 2012).

A lei admite algumas hipóteses de extinção do contrato:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Sobre o advento do termo contratual, destaca-se que não há concessões por prazo indeterminado. (ALEXANDRINO; PAULO, 2007)

A encampação “verifica-se na hipótese **de interesse público superveniente** à concessão tornar mais conveniente a prestação do serviço pelo próprio Poder Público, diretamente.” (grifo no original) (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 478). Cabe ao Poder

²⁰ XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

legislativo estabelecer esse interesse público superveniente. E nesta forma de extinção exige-se indenização prévia da parcela não amortizada do capital (ALEXANDRINO; PAULO, 2007).

Já a caducidade ocorre “sempre que houver **inadimplemento ou adimplemento defeituoso** por parte da concessionária.” (grifo no original) (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 478). Para extinguir por este motivo, é necessário comunicar a concessionária, dando-lhe um prazo para regularização. Caso a concessionária não cumpra as determinações, é preciso abrir um processo administrativo para comprovar o inadimplemento, assegurada a ampla defesa e o contraditório. Se comprovada, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente. Neste caso de extinção a indenização será calculada no curso do processo e deverá ser descontada as multas contratuais. (ALEXANDRINO; PAULO, 2007).

No caso de extinção por caducidade dispõe o § 6º do artigo 38 da Lei nº 8.987/95:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

[...]

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

Logo, nesse caso, a concedente não responderá nem subsidiariamente.

Quando se extingue a concessão, a concedente pode incorporar os bens do concessionário mediante a indenização com o objetivo de garantir a continuidade do serviço público. (MEDAUAR, 2009).

A hipótese de anulação “decorre de **ilegalidade** da licitação prévia à concessão ou do contrato e acarretará a responsabilização de quem houver dado causa à ilegalidade.” (grifo no original) (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 481).

Já a rescisão entende-se que se dá por iniciativa da concessionária e com base em descumprimento do contrato pela concedente. Todavia, para esta forma de extinção é preciso uma medida judicial. (CARLIN, 2005).

Em relação a hipótese de falência, destaca-se que o pedido de recuperação judicial não dá ensejo a extinção da concessão. E também não é possível extinguir com base na hipótese de caducidade. Isso porque a empresa pode continuar a cumprir o contrato ou então estará tentando justamente superar a situação de crise. (PIETRO, 2012).

Outro instituto importante na concessão consiste na intervenção. O poder concedente pode intervir na concessão com o intuito de impedir o descumprimento contratual e para assegurar a continuidade do serviço público. Se decretada a intervenção é necessária a instauração de um processo administrativo, assegurada a ampla defesa da concessionária. (MEDAUAR, 2009).

A subconcessão é admissível, desde que autorizada pelo poder concedente e realizada a devida concorrência. O subconcessionário sub-roga-se nos mesmos direitos e obrigações do subconcedente. A subcontratação também é admissível. Todavia, não é necessária a autorização do poder concedente e é a concessionária que continuará respondendo perante todos os usuários. A subcontratação corresponde a uma terceirização. (PIETRO, 2012)

Sobre a transferência da concessão dispõe o artigo 27 da Lei nº 8987/95:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo.

§ 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente.

Mello (2006) critica este artigo, por permitir que seja transferida a concessão pela simples autorização do poder concedente, o que caracteriza burla a exigência de licitação e fere o princípio da isonomia. Para o autor, o referido dispositivo é inconstitucional. “Isto é, *está-se permitindo que, por vias transversas, alguém adquira a condição de concessionário sem licitação*, o que é expressamente vedado – repita-se – pelo art. 175 da Lei Magna.²¹” (grifo no original) (MELLO, 2006, p. 684).

No caso de transferência do controle acionário da empresa admite-se a solução adotada. Todavia, ressalta-se que pode facilitar uma fraude ao certame. (MELLO, 2006).

Analisar-se-á a execução dos serviços públicos mediante permissão.

²¹ 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. (grifou-se).

3.2.2 Permissão

A Lei nº 8.987/95 dispôs sobre a permissão somente em dois artigos:

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

[...]

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. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

Tanto a concessão como a permissão “implicam prestação de serviços públicos por particulares, com remuneração assegurada pela tarifa que os usuários pagam.” (MEDAUAR, 2009, p. 336). Todavia, a concessão é um contrato e por isto dá ao concessionário mais estabilidade, por existir direitos e deveres recíprocos. Já a permissão é um ato unilateral, precário, *intuitu personae*, e desta forma não assegura direitos do particular contra o Poder Público. (PIETRO, 2008).

A permissão, em toda a doutrina clássica, sempre teve a natureza jurídica de **ato administrativo**, indicando o consentimento que a Administração dispensava a determinada pessoa física ou jurídica para executar serviço público de forma descentralizada. Essa era, aliás, a marca que a distinguia da concessão de serviço público, qualificada como **contrato administrativo**. (grifo no original) (CARVALHO FILHO, 2009, p. 395).

A diferença entre permissão e concessão se tornou mais nebulosa com o advento da Constituição e da Lei 8.987/95, as quais determinaram que a permissão deveria ser formalizada mediante contrato (CARVALHO FILHO, 2009). Odete Medauar (2009, p. 337) tenta resumir o grande embate doutrinário da seguinte forma:

Ante a Lei 8.987/95, a diferença entre concessão e permissão de serviço público situa-se em dois aspectos: a) a concessão é atribuída a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída a pessoa física ou jurídica; b) a concessão destina-se a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração.

Carvalho Filho (2009) tenta também achar diferenças. O autor, primeiramente cita duas: 1) a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas e a permissão só pode ser com pessoa física ou jurídica; e 2) o legislador considerou a permissão, e não a concessão, dotada de precariedade.

No entanto, Carvalho Filho (2009, p. 397) define precariedade como “um atributo indicativo de que o particular que firmou ajuste com a Administração está sujeito ao livre

desfazimento por parte desta, sem que se lhe assista direito à indenização por eventuais prejuízos.” Portanto, para o autor a precariedade na realidade não é uma distinção, visto que o artigo 40 da Lei 8.987/95 admite a incidência na permissão de regras inerentes à concessão. E assim, do mesmo modo que a Administração deve indenizar caso extinga a concessão por motivo de interesse público, deverá também indenizar no caso de extinção da permissão. Conclui que os institutos estão mal disciplinados sendo muito difícil encontrar diferenças relevantes.

Pietro (2008) entende que a precariedade implica o não estabelecimento de um prazo. Todavia existem autores como Meirelles (2003) e Carvalho Filho (2009) que aceitam a possibilidade de fixação de um prazo.

As permissões com prazo fizeram com que as diferenças entre permissões e concessões praticamente sumissem. Todavia, entende-se o estabelecimento destes prazos, pois caso contrário, dificilmente uma pessoa física ou jurídica aceitaria empreender, sem ter ao menos algumas garantias, como o prazo e o equilíbrio econômico-financeiro (PIETRO, 2012).

Pietro (2012, p. 310) tenta resumir as características da permissão da seguinte forma:

1. É contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (em conformidade com o art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição, e do art. 40 da Lei nº 8.987/95), embora tradicionalmente seja tratada pela doutrina como ato unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, *intuitu personae*.
2. Depende sempre de **licitação**, conforme artigo 175 da Constituição (ver item 15.6.3.3);
3. Seu objeto é a execução de serviço público, continuando a titularidade do serviço com o Poder Público;
4. O serviço é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco;
5. O permissionário sujeita-se às condições estabelecidas pela Administração e sua fiscalização; (grifo no original).
6. Como ato precário, pode ser alterado ou revogado a qualquer momento pela Administração, por motivo de interesse público;
7. Não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização;

Destaca-se que a lei não determinou a licitação na modalidade concorrência para a permissão, ao contrário do que fez para a concessão, podendo ensejar abusos. (PIETRO, 2012).

3.2.3 Autorização

A autorização no direito brasileiro tem três sentidos diversos. (PIETRO, 2012).

O primeiro conceito de autorização consiste no “ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.” (PIETRO, 2012, p. 233). Como exemplo, cita-se a autorização de competência da União para produção e comércio de material bélico e a autorização para pesquisa de recursos naturais. O intuito é proteger o interesse público e denomina-se autorização como ato de polícia (PIETRO, 2012).

A segunda acepção é “o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de um bem público, a título precário”. (PIETRO, 2012, p. 233). Consiste na autorização de uso.

E o último sentido, o qual tem relevância para o presente trabalho, “é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário.” (PIETRO, 2012, p. 233). É a autorização de serviço público. Conforme já foi falado no item 2.1 serviços públicos, Pietro (2012) entendia que não existia autorização de serviço público. Todavia, atualmente, entende-se que os serviços públicos autorizados são aqueles de titularidade da União previstos no artigo 21, XI e XII²², da Constituição. A decisão sobre a necessidade de delegação ou não destes serviços é um ato discricionário do Poder Público.

E essa delegação pode ser para atendimento de necessidades coletivas, com prestação a terceiros (casos da concessão e da permissão), ou para execução no próprio benefício do autorizatário, o que não deixa de ser também de interesse público. (PIETRO, 2012, p. 234).

Para ilustrar a diferença entre as autorizações pode-se diferenciar os serviços de telecomunicações, energia elétrica dos serviços classificados como sociais. No primeiro caso pode existir autorização de serviço público. Já no caso dos serviços sociais, quando prestados pelo Estado, são serviços públicos próprios e, quando prestados por particular, tendo em vista que estão abertos a iniciativa privada, são serviços públicos impróprios. Logo, neste último caso, há uma autorização como ato de polícia apenas. (PIETRO, 2012).

A autorização de serviço público

²² Os artigos citados encontram-se no anexo A

não depende de licitação, porque, sendo o serviço prestado no interesse exclusivo ou predominante do beneficiário, não há viabilidade de competição. O serviço é executado em nome do autorizatário, por sua conta e risco, sujeitando-se à fiscalização pelo poder público. Sendo ato precário, pode ser revogado a qualquer momento, por motivo de interesse público, sem dar direito a indenização. Quanto ao estabelecimento de prazo, aplica-se o quanto foi dito em relação a permissões com prazo. (PIETRO, 2012, p. 312).

Entretanto, Mello (2006) entende de forma diversa. Para o autor a expressão “autorização” que aparece no artigo 21, XI e XII pode ter dois significados:

- 1) no sentido de polícia administrativa para liberar condutas privadas que precisam de manifestação administrativa com o objetivo de assegurar que não há prejuízo ao interesse público. Esse seria o caso dos serviços de telecomunicação, como o de radiomar ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas.
- 2) No sentido de autorizar um serviço público propriamente dito, no entanto de modo provisório e emergencial até que se faça a delegação do serviço por meio de permissão ou concessão.

Alexandrino e Paulo (2007, p. 493) seguem o segundo significado de Mello (2006):

De acordo com a doutrina e com a legislação que dispõe sobre autorizações, como o Decreto nº 2.521/1998, o serviço autorizado é aquele que o Poder Público, mediante ato unilateral, discricionário e precário, denominado termo de autorização, consente seja executado por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória. O uso das autorizações, segundo a doutrina clássica, deve sempre ser bastante restrito e limitado às situações previstas na legislação pertinente pois, caso contrário, representaria uma burla à exigência de licitação para prestação indireta de serviços públicos.

Medauar (2009) reconhece o embate doutrinário a respeito da possibilidade ou não da execução de serviços públicos por meio da autorização. Todavia, parece entender que é admissível:

Quanto à autorização, permanece sua formalização por ato administrativo discricionário e precário. Em geral, pela autorização se transferem ao particular serviços de fácil execução, de regra sem remuneração por tarifas – é o caso da autorização para conservação de praças, jardins ou canteiro de avenidas, em troca da afixação de placa com o nome da empresa. A autorização do serviço não é objeto da Lei 8.987/95, havendo controvérsias doutrinárias sobre seu cabimento para a transferência a particulares, da execução de serviços públicos. (MEDAUAR, 2009, p. 337/338).

Logo, nota-se que independentemente da corrente adotada, a autorização deve ser usada com bastante cautela, tendo em vista que não exige licitação, e conseqüentemente está mais sujeita a fraudes.

3.3 PERMISSÃO PARA A EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL POR TÁXI

Sobre o serviço de transporte mediante táxi pode se dizer que caberia a União estabelecer diretrizes para a regulação desta modalidade de transporte, visto que a Constituição lhe atribuiu a competência de legislar privativamente sobre trânsito e transportes (DIAS, 2007). Veja-se o artigo 22, IX e XI, da Constituição:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
[...]
IX - diretrizes da política nacional de transportes;
[...]
XI - trânsito e transporte;

Todavia, até o presente momento não há nenhuma lei federal que regule sobre os serviços de táxi. Existe apenas lei federal regulamentando a profissão do taxista, a qual nada dispõe sobre a forma de delegação do serviço público. Pode-se dizer também que há a Lei Federal nº 6.094/74, que define para fins de Previdência Social, a atividade de Auxiliar de Condutor Autônomo de Veículo Rodoviário. Esta é aplicada aos permissionários do serviço de transporte de táxi para que estes indiquem condutores auxiliares. Diante deste quadro, os municípios brasileiros regulam sobre o tema com base no artigo 30, I e V, da Constituição Federal. (DIAS, 2007)

Art. 30. Compete aos Municípios:
[...]
I - legislar sobre assuntos de interesse local;
[...]
V - 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;

Logo, percebe-se que os municípios consideram os táxis como serviço público de interesse local. (DIAS, 2007).

Para o Centro de Apoio de Defesa do Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (2013, p. 1):

O serviço de transporte coletivo compreende os efetuados através de ônibus ou táxi, como também aqueles efetuados por veículos alternativos, como motos ou vans, destinados inclusive ao transporte especializado de crianças, de servidores públicos ou de empregados de empresas particulares de difícil acesso.

A organização e a competência dos serviços públicos de táxi cabem aos municípios, conforme previsto no artigo 30 da Constituição Federal. A prestação de tal serviço pode se dar sob o regime de concessão ou permissão, ou então, por execução direta da Administração

Pública local, desde que dentro de seus limites territoriais. (CENTRO DE APOIO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2013).

O serviço de transporte de táxi também é considerado como de interesse local, visto que

somente ao município, através de órgão constituído para tal finalidade, será possível detectar os seus contornos, as necessidades da população e a forma cabível de prestação do serviço, o qual é exercido mediante o regime de permissão administrativa, ato discricionário pelo qual a Administração concede ao particular a exploração de serviços voltados ao interesse coletivo ou à utilização de bens públicos, que pode ser revogado a qualquer tempo, de acordo com a conveniência da administração. (CENTRO DE APOIO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2013, p. 2).

Diante disto, tem-se que a prestação de transporte por taxímetro é serviço público de competência municipal, que pode ser delegado a particular, sendo regido pela Lei 8.987/95 e pela lei local. Como se estudou anteriormente, a Lei 8.987/95 exige para a delegação ao particular o prévio procedimento licitatório. (CENTRO DE APOIO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, 2013).

No mesmo sentido:

Infere-se, pois, do exposto, que o serviço de transporte individual de passageiro, táxi, ostenta natureza jurídica de serviço público Municipal. Assim sendo, sua concessão ou permissão aos particulares depende, impreterivelmente, do procedimento licitatório, uma vez que a disciplina constitucional referente á concessão/permissão de serviço público ('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') impõe a obrigatória realização de licitação, e não prevê qualquer ressalva acerca da possibilidade de sua dispensa. (PEREIRA, 2009).

Conclui-se também que

não é mais possível que em relação a tais serviços as outorgas sejam feitas ao particular mediante requerimento do interessado e ato de vontade do Prefeito Municipal, uma vez é exigível para o mesmo regular licitação objetivando a seleção da melhor proposta, o que é fundamental para se evitar privilégios indevidos a particulares. (CENTRO DE APOIO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESPÍRITO SANTO, 2013, p. 3).

Ou seja, aqui o que se quer evitar é a delegação de um serviço público a um particular sem a devida licitação. Ou seja, conforme se viu a autorização deve ser utilizada com cautela e em casos muitos específicos, pois não exige um procedimento licitatório, podendo causar burla e injustiças.

Em suma, apesar da ausência de diretrizes da União, em 16 capitais brasileiras pesquisadas por Dias (2007) percebeu-se que o transporte por táxi é tratado como serviço público e que este é delegado aos particulares mediante permissão na grande maioria das cidades. Esta forma de delegação se justifica, visto que, conforme estudado nos tópicos acima, a permissão permite a delegação a uma pessoa física.

Todavia, a falta de diretrizes da União também proporciona uma variedade regulatória e em alguns casos até violação à exigência de licitação.

Tipo de autorização ²³ para operar táxi nas capitais brasileiras	Municípios
Permissão transferível sem restrição	Brasília, Florianópolis, Fortaleza, Goiânia, João Pessoa, Natal
Permissão transferível com restrição	Belo Horizonte, Curitiba, Porto Alegre, Rio Branco, Rio de Janeiro
Permissão intransferível	Manaus, Recife, Salvador, Vitória
Alvará transferível (quantidade fixa)	São Paulo

1 Fonte: DIAS, 2007, p. 31

A possibilidade de transferência da permissão já ensejou ações diretas de inconstitucionalidade (JUSBRASIL...2013), em suma com o fundamento de violação ao artigo 175 da Constituição, o qual exige licitação, consoante se viu a crítica de Mello quando se explanou sob a possibilidade de transferência da concessão. Este tema ocasionou também mandados de segurança, nos quais foram solicitadas o direito líquido e certo de transferência. Todavia, estes mandados de segurança foram negados, conforme se vê das decisões do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PERMISSÃO TÁXI – AUSÊNCIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INEXISTÊNCIA.

1. Inexiste o alegado direito líquido e certo, porquanto não comporta dúvida alguma sobre a necessidade de licitação para permissão da atividade de prestação de transporte por taxímetro.

2. A atividade de prestação de transporte por taxímetro é um serviço

²³ Nota-se que o autor utilizou o termo autorização no sentido de modalidades de delegação do serviço de táxi a terceiros

público e, como tal, necessita, para ser delegado ao particular, licitação, nos moldes previstos na Lei n. 8.987/95.

3. In casu, não se pôde delegar diretamente, sem licitação, a atividade de exploração de transporte por taxímetro sem licitação ao particular, como fez in casu, sendo nula a transferência assim realizada.

4. Como muito bem pontuou o parecer do MPF: Com efeito, consoante o art. 175 da Constituição Federal/88, 'incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos'. Na mesma esteira, a Lei de Regência das Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/95) também impõe a realização de licitação para a ocorrência de permissão. **Ora, a redação do art. 175 da CF/88 não abre espaço para a almejada permissão do serviço de transporte para a exploração de táxi SEM o prévio procedimento licitatório;** ao contrário, a convalidação de tais permissões SEM observância das formalidades exigidas, pela Administração Pública (que, frise-se, deve compromisso maior com os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência), vem justamente de encontro à finalidade constitucional conferida ao regime da licitação pública, que visa propiciar igualdade de condições e oportunidades para todos os que querem contratar obras e serviços com a Administração, além de atuar como fator de transparência e moralidade dos negócios públicos.

5. Precedentes: AROMS 15688/RJ Rel. Min. Francisco Falcão, DJ. 20.10.2003 e REsp 623197/MG Rel. Min. José Delgado, DJ 8.11.2004.

Recurso ordinário improvido. (grifou-se) (RMS 19.091/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/10/2007, DJ 17/10/2007, p. 268)

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO MUNICIPAL DE TRANSPORTE (TÁXI). NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. PERMISSÃO E CONCESSÃO DE SERVIÇOS. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 126/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Verifica-se não caracterizado, na forma exigida pelo art. 541, parágrafo único, do CPC c.c 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, o dissídio jurisprudencial, estando ausentes a transcrição dos julgados confrontados e o necessário cotejo analítico a evidenciar a similitude fática entre os casos e a divergência de interpretações.

2. Não se vislumbra a alegada ofensa aos arts. 515, § 1º, e 535, II, do CPC, uma vez que todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia foram analisadas e decididas. Não há falar, portanto, em vícios no acórdão nem em negativa de prestação jurisdicional. Ademais, como cedo, o magistrado não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes, quando já tenha encontrado fundamentos suficientes para proferir o decisum. Nesse sentido: HC 27.347/RJ, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ 1º/8/05.

3. A delegação de serviço público de transporte por meio do táxi pressupõe a realização de licitação desde a Constituição da República de 1988, em razão de sempre haver limitação do número de delegatários e o manifesto interesse na exploração daquela atividade pelos particulares, seja pela via da permissão, seja pela via da autorização. A propósito, tratando-se de delegações de caráter precário, por natureza, não há falar em direito adquirido à autorização ou à permissão concedidas antes de 5/10/1988.

4. O fundamento do aresto impugnado baseou-se em dispositivos de índole constitucional e infraconstitucional. Contudo, não foi interposto o competente recurso extraordinário, aplicando-se, destarte, o disposto na Súmula 126/STJ, in verbis: "É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário." 5. Agravo regimental não provido. (grifou-se) (AgRg no REsp 1115508/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 07/04/2011)

Importante pontuar que a possibilidade de transmissão da permissão não é tema do respectivo trabalho. Todavia, quis se mostrar que a prática no Brasil é a delegação dos serviços de transporte por taxímetro, a qual é realizada na grande maioria dos municípios por meio do instituto da permissão, o qual deve se dar mediante processo licitatório. Apesar de existirem situações diversas, em muitas dessas o judiciário foi acionado e demonstrou seu entendimento de forma clara de que o serviço de transporte por meio de táxi é um serviço público e, como tal, necessita, para ser delegado ao particular, licitação, nos moldes previstos na Lei n. 8.987/95.

O transporte de passageiros por meio de táxi sendo serviço público, embora executado por particulares, está sujeito a fiscalização do Poder Público, devendo o município garantir as condições para a efetiva prestação dos serviços, e o permissionário deve assegurar um transporte de qualidade e cumprir fielmente o contrato. (CENTRO DE APOIO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESPÍRITO SANTO, 2013).

O município de Florianópolis também escolheu a modalidade permissão para regulamentar a delegação do serviço público de transporte por táxis. A Lei Complementar Municipal nº 085/01, que dispõe sobre o serviço de táxi em Florianópolis deve se pautar na lei Federal nº 8.987/95. (BUNN, 2013) Rezam os artigos 1º, 2º, XV e XVI e 22 da Lei municipal supracitada:

Art. 1º 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. Parágrafo Único. O serviço de Táxi 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.

Art. 2º Para efeito desta Lei, entende-se por:

[...]

XV - Permissão - 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;

XVI - Permissionário - pessoa física detentora da permissão, desde que possua 1 (um) único veículo;

[...]

XXVI - Tarifa - importância a ser cobrada dos usuários, a título de contraprestação pelo serviço de táxi realizado;

[...]

Art. 22 A tarifa cobrada do usuário pela prestação do serviço de táxi será fixada pelo Conselho Municipal de Transportes - CMT, e homologada por Decreto do Poder Executivo Municipal, precedida de planilha de custos elaborada pelo Órgão Gestor. Parágrafo Único O Órgão Gestor regulamentará através de Norma Complementar os seguintes aspectos:

- a) metodologia de cálculo das tarifas;
- b) planilha de coeficientes para atualização tarifária;
- c) critérios de cobrança dos valores relativos às tarifas;
- d) periodicidade dos reajustes tarifários.

Logo, o transporte por meio de táxi em Florianópolis é considerado um serviço público municipal, que é delegado a um permissionário para executar por sua conta e risco, mediante a contraprestação de uma tarifa paga pelos usuários. (BUNN, 2013)

Visto como funciona a transferência de serviços públicos a particulares e principalmente como é o tratamento do serviço de táxi no Brasil, ver-se-á no próximo capítulo o caso que ensejou opiniões contrárias a respeito da possibilidade de acumulação da permissão do serviço público de transporte por táxi com o vínculo funcional ou empregatício com a Administração. Ver-se-á também os argumentos a favor desta acumulação.

4 ACUMULAÇÃO DA PERMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL POR TÁXI COM O VÍNCULO FUNCIONAL OU EMPREGATÍCIO COM A ADMINISTRAÇÃO

4.1 CASO PARADIGMA

Em 26.03.2010, a Prefeitura Municipal de Florianópolis lançou o edital de licitação nº 001/2010 – SMTMT, na modalidade concorrência pública, para a delegação de 200 (duzentas) permissões destinadas a particulares para o exercício da atividade de transporte por táxi. A licitação teve um total de 2754 inscritos. (FEPESE, 2013). Entre os aprovados existiam no mínimo 17 servidores públicos *lato sensu* de acordo com a consulta processual realizada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2013). No entanto, a Comissão da Licitação, estimulada pela recomendação emitida pela 31ª Promotoria de Justiça da Comarca da Capital, entendeu ser impossível a contratação de servidor público, em razão do disposto no artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal²⁴. Diante disso, alguns dos vencedores do certame foram impedidos de exercerem a condição de permissionário sob a alegação de que caracterizaria a cumulação de cargos ou empregos e funções públicas expressamente vedada pela Carta Magna. (FEPESE, 2013).

Veja-se alguns trechos do parecer emitido pelo assessor jurídico da Secretaria de Transportes, mobilidade e terminais, com fundamento na recomendação da 31ª Promotoria de Justiça da Comarca da Capital, Defesa da Moralidade Administrativa e no Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos:

Ora, o serviço de táxi em Florianópolis é uma função Pública exercida por particular. Não é cabível a idéia de que o exercício de função pública se reduza tão somente às atribuições de agentes públicos porque o conceito de função pública abrange todas as atividades atribuíveis ao Poder Público, seja quando atua no

²⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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;

exercício do seu poder de polícia administrativa, seja quando exerce a atividade primordial da prestação de serviços públicos, que por disposição constitucional – artigo 175 – lhe cabe executar diretamente ou por delegação necessariamente precedida de licitação.

[...]

O legislador constitucional fez questão de estender a proibição de acumular cargos aos empregos e funções públicas de todas as formas de Administração Pública, seja direta ou indireta, pessoa jurídica de direito público ou privado.

Ou seja, é expressamente proibida a acumulação do exercício de função pública incluindo aí o serviço de táxi, com a de servidor público, nos termos da Constituição Federal.

Pelo exposto, entendemos que o Município não está autorizado a contratar servidores públicos para desempenharem a função do serviço público de táxi, sob pena de violação constitucional do art. 37, incisos XVI e XVII. (FEPESE, 2013)

O caso exposto ocasionou a impetração de diversos Mandados de Segurança. Alguns servidores impetraram o mandado após serem impedidos de se tornarem permissionários e outros impetraram um mandado de segurança preventivo após a publicação desta manifestação.

Conforme estudado no capítulo 1, a manifestação carece de conceituações técnicas, provocando um entendimento equivocado.

Inicialmente, o primeiro parágrafo citado comete um engano ao afirmar que “não é cabível a idéia de que o exercício de função pública se reduza tão somente às atribuições de agentes públicos”. Ademais, o parágrafo dá o entendimento que os permissionários não são agentes públicos. Consoante o estudo realizado, os permissionários de serviço público fazem parte do gênero agentes públicos. E são estes que exercem função pública *lato sensu*. Ou seja, agentes públicos incluem todos aqueles que detêm uma relação com o Estado, seja ela empregatícia ou não. Desse modo, é um desacerto utilizar o termo “tão somente”, visto que a ideia do conceito “agentes públicos” é justamente abranger, incluindo aqueles que fazem parte do aparelho estatal e os que não fazem parte, como os permissionários.

Outra incorreção se dá quando se afirma que a proibição de acumular cargos aos empregos e funções públicas se estende a toda Administração Pública, seja direta ou indireta, e incluem-se nesta extensão os permissionários de táxi. Como se viu os permissionários não fazem parte da Administração Indireta, apesar de serem uma forma de descentralização administrativa.

E por último, conforme também foi debatido no capítulo, 1, a função mencionada no artigo 37, XVII, da Constituição Federal é aquela em sentido restrito, que é exercida somente por servidores públicos. A função pública referida neste inciso é a de chefia, direção e

assessoramento ou aquela exercida pelos contratados temporariamente pela Administração com base no inciso IX do mesmo artigo.²⁵

Logo, o parecer da Secretaria de Transportes, mobilidade e terminais da Prefeitura Municipal de Florianópolis pode ser rebatido por esta tese que foi amplamente estudada no primeiro capítulo. Todavia, ainda que se entenda como correto o parecer, ver-se-á abaixo outras fundamentações que descaracterizam a suposta vedação de o permissionário ter vínculo funcional ou empregatício com a Administração.

4.2 VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE ACUMULAÇÕES REMUNERADAS

Sobre a vedação de acumulação de cargos, empregos e funções públicas, reza o artigo 37, XVI e XVII, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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;

Nota-se que o intuito da norma é atingir os servidores de cargos, empregos e funções na Administração Direta e Indireta. E a Emenda Constitucional nº 19/98 ampliou as vedações ali contidas para as subsidiárias das entidades da Administração Indireta, bem como as sociedades controladas, direta ou indiretamente pelo Poder Público. (CARVALHO FILHO, 200). Ou seja, a norma não inclui os particulares permissionários e concessionários.

Percebe-se também que “a vedação se refere à acumulação remunerada. Em consequência, se a acumulação só encerra a percepção de vencimentos por uma das fontes, não incide a regra constitucional proibitiva.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 627).

²⁵ IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Assinala-se então que “a vedação só existe quando ambos os cargos, empregos ou funções forem remunerados.” (PIETRO, 2012, p. 622).

No mesmo sentido dispõe Medauar (2009, p. 287):

Duas questões habitualmente afloram nessa matéria. Uma diz respeito à possibilidade de exercício simultâneo de dois postos, percebendo-se uma só remuneração: se a Constituição Federal veda a acumulação remunerada, inexistente impedimento legal à acumulação de cargos, funções ou empregos se não houver suas remunerações.

E ainda:

O texto daqueles incisos é de uma clareza meridiana e solar, de modo a que se dele dependessem os intérpretes e os hermeneutas provavelmente morreriam de fome. Nenhuma dúvida contém pois que resta evidente que **o que visaram foi impedir o duplo ganho, a dupla remuneração, e com isso a dupla despesa pública**. Qualquer acumulação que não seja remunerada – independentemente de, por outros motivos, poder existir ou não – evidentemente não está referida no inc. XVI, do art. 37 constitucional, que menciona “acumulação remunerada” e, apenas isso. (grifo no original) (RIGOLIN, 2003, p. 1795, apud BUNN, 2013, p. 30).

Tanto é esse o sentido da norma que se admite que um servidor com licença sem remuneração tome posse em outro cargo público:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. SERVIDOR EM GOZO DE LICENÇA SEM VENCIMENTOS. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. 1. A proibição constitucional à acumulação de cargos tem como requisito a acumulação dos respectivos vencimentos (art. 37, XVI, da CF/88). 2. Logo, se não há remuneração de um deles, em face de licença legalmente prevista e concedida, não existe desrespeito à norma constitucional. 3. Apelação e remessa oficial não providas. (TRF1ª, AMS 0036379-23.2000.4.01.9199 / DF, Rel. Juiz Federal Flávio Dino de Castro e Costa (CONV.), Segunda Turma Suplementar (INATIVA), DJ p.61 de 17/03/2005)

E ainda:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR EM GOZO DE LICENÇA SEM VENCIMENTOS - ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – POSSIBILIDADE - NÃO INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO PREVISTA NO INCISO XVI, DO ART. 37, DA CF.

1- A Constituição Federal somente veda a acumulação de cargos e empregos públicos quando houver remuneração de ambos. Estando o impetrante em gozo de licença sem vencimentos legalmente prevista e concedida para cumprimento de estágio probatório na ANS desaparece o óbice constitucional, visto que fica afastada a percepção de remuneração e, portanto, excluído o fato que enseja a proibição.

2- O referido dispositivo constitucional (art. 37, XVI, da CF/88) não impede a multiplicidade de vínculos funcionais com o serviço público, mas a remuneração pelo exercício de mais de um cargo estatal. A proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente, como deseja a Administração. Assim, não existindo remuneração de um deles, por força de licença para tratar de interesses particulares, não existe desrespeito à norma constitucional.

3 – Precedentes: TRF-1, AC 200239000048285, Juíza Federal Sônia Diniz Viana (Conv.), - Primeira Turma, 20/01/2009; TRF-5, AMS 200583000064826, Desembargador Federal Vladimir Carvalho - Terceira Turma, 25/08/2009.

4 – Apelação e remessa desprovidas. Sentença mantida.(TRF2ª, MAS 200651010234860 / RJ, Rel. Juiz Federal Convocado Leopoldo Muyaert – Sexta Turma, 29/11/2010)

Com isso chega-se a seguinte conclusão:

Tem que se destacar que mesmo que consideremos que há cumulação de “funções públicas” pelo fato de ser servidor público e permissionário do serviço municipal de transporte individual-táxi ao mesmo tempo, ainda assim não haveria “cumulação remunerada de funções públicas”. (BUNN, 2013).

Isto se dá porque, como se viu no capítulo 2, o permissionário do serviço de transporte por táxi não recebe remuneração do Poder Público, visto que o serviço é custeado por tarifa paga pelo usuário.

A tarifa paga pelos usuários constitui a própria razão de ser da permissão, visto que permite a prestação de um serviço público sem precisar recorrer aos cofres públicos. (PIETRO, 2011).

Desse modo, o servidor com vínculo funcional ou empregatício com a Administração que é também permissionário de táxi não gera uma dupla despesa pública. Assim, mesmo que se entenda que há cumulação de “funções públicas”, destaca-se que a função do permissionário não é remunerada.

Ademais, o permissionário recolhe inúmeros tributos à Administração Municipal, conforme preceitua o artigo 46 da Lei Complementar 085/01 de Florianópolis:

Art. 46 Será cobrado dos permissionários e empresas permissionárias remuneração pela prestação dos serviços (Custo Gerenciamento Operacional - CGO) abaixo relacionados, com valores equivalentes:

- I - Licença de Tráfego.....50 (cinquenta) UFIRs/ano
- II - Termo de Transferência de Permissão.....2.000 (duas mil) UFIRs
- III - Selo de Vistoria.....20 (vinte) UFIRs/semestre
- IV - Emissão de Certidão/ Declaração.....20 (vinte) UFIRs/unidade
- V - Identificação de Condutor..20 (vinte) UFIRs/unidade

Isto, pois, demonstra sua condição de permissionário e não de servidor com vínculo empregatício, sendo apenas este último gerador de despesa pública. (BUNN, 2013).

4.3 COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS

Pode-se entender também que “o fundamento da proibição é impedir que o acúmulo de funções públicas faça com que o servidor não execute qualquer delas com a necessária eficiência.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 627).

É possível extrair este entendimento em virtude da Lei Federal nº 8.112/90, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos federais, em seu artigo 17:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

Desse modo, mostrar-se-á que é possível executar com eficiência o serviço público de transporte por táxi no município de Florianópolis juntamente com as atribuições do cargo ou emprego público.

É possível executar a prestação do serviço público com eficiência, pois, ainda que o permissionário tenha vínculo funcional ou empregatício com a Administração, admite-se a indicação de condutor auxiliar. (BUNN, 2013).

Dispõe o artigo 12 da Lei Complementar 085/01 de Florianópolis:

Art. 12 O Cadastro de Condutor será constituído pelas seguintes categorias:

I - Condutor Permissionário;

II - Condutor Auxiliar.

§ 1º 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.

§ 2º O Condutor Auxiliar será aquele indicado pelo Condutor Permissionário para prestar os serviços relativos à Permissão.

§ 3º Para inscrição no Cadastro de Condutor, os condutores permissionário e auxiliar deverão atender aos requisitos previstos no art. 11, desta Lei :

§ 4º O condutor auxiliar poderá estar vinculado a mais de um Permissionário.

§ 5º O condutor permissionário poderá ter somente condutores auxiliares, devidamente registrados no Órgão Gestor.

O mesmo entendimento se extrai da Lei nº 6.094/74, que define, para fins de Previdência Social, a atividade de Auxiliar de Condutor Autônomo de Veículos Rodoviários:

Art . 1º É facultada ao Condutor Autônomo de Veículo Rodoviário a cessão do seu automóvel, em regime de colaboração, no máximo a dois outros profissionais.

§ 1º Os auxiliares de condutores autônomos de veículos rodoviários contribuirão para o Regime Geral de Previdência Social de forma idêntica à dos contribuintes individuais

§ 2º O contrato que rege as relações entre o autônomo e os auxiliares é de natureza civil, não havendo qualquer vínculo empregatício nesse regime de trabalho

§ 3º As autoridades estaduais competentes fornecerão ao motorista colaborador identidade que o qualifique como tal.

§ 4º A identidade será fornecida mediante requerimento do interessado, com a concordância do proprietário do veículo.

Art . 2º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. (grifou-se).

Esta lei é aplicada atualmente para os serviços públicos de transporte por táxi, principalmente para afastar qualquer tipo de relação empregatícia existente entre o condutor permissionário e o condutor auxiliar. Veja-se a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

VÍNCULO DE EMPREGO. AUXILIAR DE CONDUTOR AUTÔNOMO. LEI 6.094/74.

O revezamento na condução de táxi, mediante ajuste expresso ou tácito entre o proprietário do veículo e um ou dois condutores auxiliares, com a divisão também da fêria auferida, caracteriza a hipótese de regime de colaboração a que se refere a Lei 6.094/74. O § 2º do art. 1º desta lei dispõe expressamente que não haverá qualquer vínculo empregatício nesse regime de trabalho, o que afasta qualquer pretensão no sentido de reconhecimento de relação de emprego. (RO 0111600-72.1997.5.04.0332, 2ª Vara do Trabalho de São Leopoldo, Rel. João Ghisleni Filho, 6ª Turma, 20/06/2000)

Portanto, o permissionário pode indicar até dois condutores auxiliares, que serão trabalhadores autônomos e atuarão em regime de revezamento, desde que estes atendem os requisitos do artigo 11 da Lei Complementar nº 085/01 de Florianópolis:

Art.11 Ao requerer a inscrição no Cadastro de Condutor de Táxi, o motorista profissional deverá instruir o pedido com os seguintes documentos:

- I - Carteira Nacional de Habilitação "B", "C" ou "D";
- II - Carta de apresentação de permissionário;
- III - Cadastro Municipal de Contribuintes - CMC ;
- IV - Certidão expedida pela Vara distribuidor criminal, onde não conste que o solicitante tenha sido condenado ou esteja respondendo por crimes (Art. 329 do Código de Trânsito Brasileiro);
- V - Atestado fornecido por médico credenciado pelo INSS que comprove estar o solicitante em boas condições físicas e mentais;
- VI - Curso básico de inglês e espanhol;
- VII - Registro no Sindicato dos Condutores Autônomo de Veículo Rodoviário (SCAVR).

Assim o fato do permissionário ser servidor público “não causa nenhum impedimento e nem prejuízo à eficiência e a continuidade da prestação do serviço.” (BUNN, 2013, p. 33).

Bunn (2013) chega a seguinte conclusão ao se referir ao artigo 12 da Lei Complementar nº 085/01:

Ora, a norma legal transcrita permite que o serviço municipal de transporte de passageiro por meio de táxi, seja executado pelo condutor auxiliar, ou seja, o permissionário poderá “confiar à 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.

Reza os incisos do artigo 26 supracitados:

Art. 26 Sem prejuízo das obrigações e responsabilidades prescritas nesta Lei, obriga-se, ainda, o Permissionário a:

- VIII - 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;
- IX - 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.
- X - confiar a direção do veículo apenas a quem, como seu preposto, na qualidade de condutor auxiliar, esteja regularmente inscrito no Cadastro de Condutor;

Logo, tem-se que a possibilidade de cadastrar até 2 condutores auxiliares torna possível a compatibilização de horários com o cargo ou emprego exercido pelo permissionário. Ademais, a exigência é de sempre haver 50% da frota. Portanto, os táxis não são obrigados a trabalhar as 24 horas do dia.

Com isso, supondo que haja um revezamento perfeito, por exemplo, e sejam designados quatro táxis para um ponto específico, de acordo com a exigência da lei cada táxi deveria trabalhar no mínimo 12 horas por dia de modo que sempre existam 2 táxis no ponto.

Diante disto, o táxi ficará 12 horas por dia na rua, sendo que cada condutor auxiliar pode trabalhar 6 horas cada. Percebe-se que para manter o serviço ininterrupto nem é necessário que o permissionário dirija. Todavia, é possível, por exemplo, que um táxi preste o serviço por 18 horas ao dia, podendo cada condutor auxiliar trabalhar 8 horas e o permissionário 4 horas.

Dessa forma, não há que se falar em incompatibilidade de horários.

4.4 REGRAS DO PROCESSO LICITATÓRIO

Para delegar o serviço público de transporte por táxi a uma pessoa física por meio do instituto da permissão, é necessária a realização prévia de uma licitação, conforme preceitua o artigo 175 da Constituição Federal já estudado e a Lei 8.987/95.

Consoante visto no capítulo 2 aplica-se às permissões a Lei de licitações e contratos administrativos – Lei nº 8.666/93 – naquilo que lhes forem compatíveis. Isto é o que dispõe o artigo 124 da Lei nº 8.666/93:

Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

Logo, por não ser contrária a Lei 8.987/95, aplica-se às permissões o artigo 9º da Lei de Licitações:

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.

Sobre este dispositivo leciona Bunn (2013, p. 20):

Na lei citada apenas encontra-se o impedimento da participação do servidor, dirigente de órgão, entidade contratante ou responsável pela licitação. Até aqui está claro a impossibilidade de participação do servidor público de forma direta no órgão ao qual é vinculado, não fazendo menção a qualquer outro servidor público licitante.

O artigo disciplina sobre aqueles que estão proibidos de participar de licitação. O único impeditivo que se encontra em relação aos servidores públicos é referente aos que fazem parte do órgão ou entidade contratante.

Sobre o tema, ensina Justen Filho (2012, p. 195):

Nem se diga que as regras legais restritivas devem ser interpretadas restritivamente. Esse princípio de interpretação não é absoluto, mas é completado por outros princípios. O intérprete deve apurar a extensão da vontade legislativa. Mesmo quando a regra legal tem natureza restritiva, tem de reconhecer-se que abrange todas as hipóteses a que se destina regular. A interpretação restritiva prevalece quando dúvida invencível se apresentar acerca da extensão da disciplina legal.

[...]

É necessário indagar a razão que conduziu a Lei a vedar a participação ou contratação relativamente a dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Certamente, não se trata da mera condição de servidor público. Tanto é verdade que a vedação não abrange todo e qualquer servidor público. Somente apanha o sujeito vinculado ao órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Com isso, entende-se que no caso do edital de licitação da concorrência pública nº 01/2010 realizada no município de Florianópolis para outorga de permissão do serviço público de transportes por táxi, os únicos servidores públicos impedidos de participarem seriam aqueles que possuíam vínculo funcional com a Secretaria Municipal de Transportes, Mobilidade e Terminais, visto que este foi o órgão responsável pela licitação. Não havia, portanto, nenhum outro impedimento em relação aos servidores públicos que não tinham vínculo com este órgão.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União, em um caso que a justiça federal de 1ª Instância da Seção Judiciária do Pará divulgou edital de licitação que ampliava o rol de pessoas impedidas de participar da licitação, infringindo o art. 9º da Lei nº 8.666/93, decidiu:

2 - determinar a Justiça Federal de Primeira Instância no Estado do Pará que observe fielmente as prescrições contidas no art. 9º da Lei nº 8.666/93, de **forma a somente vedar a participação, direta ou indireta, nas licitações e na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens a eles necessários, das pessoas arroladas nos incisos I, II e III do referido dispositivo**; (grifou-se) (Decisão 603/97- Plenário - Ata 36/97, Processo nº TC 450.050/97-1, Estado do Pará, DOU 07/10/1997)

“Deste modo, a norma exposta na lei de licitações tem uma vedação que estabelece aplicação restritiva, não sendo possível utilização de critérios interpretativos mais abrangentes, sob pena de contrariar os princípios da hermenêutica jurídica.” (BUNN, 2013).

Outro aspecto importante da licitação a ser observado neste caso é o princípio da vinculação à lei e ao ato convocatório.

Meirelles (2010, p. 51) denomina este princípio de vinculação ao edital. Para o autor, significa que as regras previstas na licitação “tornam-se obrigatórias durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.”

Ou seja, após a Administração fixar o modo e a forma de participação dos licitantes, não é possível se afastar do estabelecido e exigir documentação em desacordo com o edital. (MEIRELLES, 2010).

No mesmo sentido:

- **Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**

Obriga a Administração e o licitante a observarem as normas e condições estabelecidas no ato convocatório. Nada poderá ser criado ou feito sem que haja previsão no ato convocatório. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2003, p. 16).

Este princípio está previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e também no artigo 14 da Lei nº 8.987/95:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Diante do princípio da vinculação ao certame, analisa-se o edital da Concorrência Pública nº 001/2010 – SMTMT. Em relação às condições gerais de participação previa o edital:

4 - DAS CONDIÇÕES GERAIS DE PARTICIPAÇÃO

4.1. Poderão participar da presente licitação todas as pessoas físicas que satisfaçam, integralmente, as condições estabelecidas no presente edital.

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 seu registro de condutor cassado, salvo se cumpridas as exigências de reabilitação. (FEPESE, 2013)

Nota-se que não há nenhuma vedação em relação aos servidores públicos.

E em relação aos documentos exigidos, existia um anexo III denominado “Declaração de Incompatibilidade Profissional à Condição de Permissionário”, na qual o participante deveria assinar declarando não ser funcionário da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional da União, Estado ou do Município, ativo ou licenciado. Todavia, no mesmo dia da publicação do edital, 29 de março de 2010, foi publicado uma retificação do edital que suprimiu o anexo III. (FEPESE, 2013).

Logo, não havia no edital mais nenhum impedimento do servidor público participar da licitação.

O edital foi dividido em duas etapas: 1) prova objetiva, e 2) habilitação e proposta técnica. Após o transcurso destas etapas e da escolha dos pontos de táxi pelos novos permissionários foi publicado no cronograma da licitação que os licitantes que tinham vínculo funcional ou empregatício com a Administração não assinariam o contrato de permissão.

Percebe-se aqui, primeiramente, a violação ao princípio da vinculação ao ato convocatório, visto que as condições para participar da licitação foram alteradas ao final do transcurso de todas as etapas.

A Administração deve determinar todas as condições da disputa antes de seu início. (JUSTEN FILHO, 2012). Dessa forma, não pode a Administração ao final da disputa modificar as cláusulas relativas às condições gerais de participação.

No entanto, ainda que o edital não tivesse sido retificado, não pode se dizer que seria lícita a vedação dos servidores públicos participarem do edital. Conforme se viu a decisão do Tribunal de Contas da União, deve-se observar fielmente as prescrições do artigo 9 da Lei nº 8.666/93, não sendo possível a ampliação deste rol.

Aqui é cabível a análise de outro princípio da Lei de licitações: igualdade entre os licitantes. Este princípio está previsto nos mesmos artigos que o princípio da vinculação ao edital.

A igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação – previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) -, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, **ou com cláusulas do instrumento convocatório que impeçam ou afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento** (art. 3º, § 1º). (grifou-se) (MEIRELLES, 2010, p. 41).²⁶

Reza o artigo 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

“Sob esse ângulo, a isonomia significa o direito de cada particular participar na disputa pela contratação administrativa, configurando-se a invalidade de restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas.” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 60).

O princípio supracitado tem como objetivo impedir que se inclua no edital cláusulas discriminatórias com exigências inúteis para o serviço público que será prestado. É possível a impugnação administrativa e judicial destas cláusulas, sendo a última por meio de um mandado de segurança ou ação ordinária anulatória. (MEIRELLES, 2010).

Ocorre a violação deste princípio quando o edital:

(a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; (b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; (c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; e (d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 60).

²⁶ Artigos citados encontram-se no Anexo A.

Logo, a declaração do anexo III foi acertadamente suprimida do edital, pois impediria proponentes qualificados de participar. Tanto eram eles qualificados para participar que ficaram entre os 200 selecionados. A declaração exigida também violava a garantia constitucional do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (artigo 5º, XIII)²⁷.

Assim, como se viu no tópico da compatibilidade de horários pode-se dizer que a cláusula que impedia os servidores públicos de participarem da licitação era discriminatória e violava o princípio da isonomia, pois não afetaria a eficiência do serviço público. E se aquela declaração não tivesse sido suprimida, os servidores públicos poderiam impetrar mandados de segurança do mesmo modo como fizeram quando foram impedidos de assinar o contrato.

Mais descabido ainda era o impedimento dos servidores licenciados participarem, pois estes não estão recebendo remuneração do poder público e também não dedicam suas horas em outro trabalho. Coaduna com este entendimento muitos tribunais brasileiros conforme se viu em alguns julgados acima.

4.5 REGRAS DE HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO DO DIREITO

Outro argumento que fundamenta a possibilidade de cumulação da permissão do serviço público de transporte por táxi com o vínculo funcional ou empregatício com a Administração consiste no estudo dos brocardos jurídicos.

“Os brocardos jurídicos, também chamados de axiomas ou de máximas jurídicas, constituem um pensamento sintetizado em uma única sentença, que expressa uma conclusão reconhecida como verdade consolidada.” (FREITAS, 2013).

Podem também ser chamados de preceitos que serviram de base para a Hermenêutica e resultam de ideias que perduram há muitos séculos. São de suma importância para a tradição jurídica. (MAXIMILIANO, 2010). “Constituem sínteses esclarecedoras, admiráveis sùmulas de doutrinas consolidadas.” (MAXIMILIANO, 2010, p. 191).

Sobre a função dos brocardos, leciona Maximiliano (2010, p. 197):

²⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Não têm força obrigatória; porém guiam, orientam o hermenêuta. Desempenham relativamente ao Direito o papel da bússola em relação ao pólo: apenas indicam o rumo em que pode ser encontrado. Não é pouco: uma direção orientada constitui uma preciosidade para quem estuda, investiga e almeja concluir com acerto.

Convém ressaltar que para Gonçalves (2009) os brocardos não se confundem com Princípios Gerais de Direito. Todavia, alguns brocardos contêm sim algum destes princípios.

Do mesmo modo:

[..]que, se nem sempre traduzem princípios gerais ainda subsistentes, atuam como ideias diretoras que o operador de Direito não pode a priori desprezar. (REALE, 2012, p. 315 apud FREITAS, 2013, p. 1)

E ainda leciona:

E por isso que a Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 4º, da ao juiz poderes para decidir quando a lei for omissa, com base nos princípios gerais do Direito. E para R. Limongi França “não é forçada e nem constitui novidade, a aproximação entre a noção de brocardo jurídico e a de princípio geral de direito” (Brocardos Jurídicos, RT, p. 20). Assim também conclui Orlando Gomes, ao afirmar que os brocardos jurídicos “representam uma condensação tradicional de princípios gerais” (Introdução a Ciência do Direito, Forense, p. 50). (FREITAS, 2013, p. 1).

Maximiliano (2010) adverte que os brocardos devem ser usados com cautela e de forma prudente. Apesar de terem que ser usados de maneira cautelosa, isto não impede que juízes cheguem a suas conclusões baseados em brocardos jurídicos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO -INEXISTÊNCIA DE NEPOSTISMO POR PARENTESCO POR AFINIDADE DE TERCEIRO GRAU -AFASTADO - INEXISTÊNCIA DE MULTA DIÁRIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AFASTADO -RECURSO IMPROVIDO.

Veja que a vedação ao nepotismo se trata de preceito restritivo de direito e, portanto, por brocardo que nada mais é que um princípio geral de Direito e dentre eles se aplica regra hermenêutica de que as "*Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*" (as exceções são de interpretação estrita. Assim, por tal brocardo se a Súmula n. 13 do STF incluiu vedação ao nepotismo até a linha de terceiro grau logo após mencionar o parentesco consanguíneo + afinidade é porque abarca ambos e não somente um deles. Ademais é princípio geral de direito, também, que "*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*" (quando a lei quis determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio). Assim, se referiu ao parentesco consanguíneo e colateral e logo depois lançou a abrangência para o terceiro grau é porque ele abarcou ambos, caso contrário teria expressamente limitado a um deles e não a ambos como o fez. (grifou-se) (TJMS, AGV 27510 MS 2011.027510-6, Ribas do Rio Pardo, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, j. em 18.04.2012).

E ainda:

Ação monitoria. Contrato de prestação de serviços educacionais. Celebração sob a égide do Cód. Civil de 1916. Aplica-se o prazo prescricional anuo do art. 178, § 6º, inc. VII, do diploma civil anterior, não alterado pela Lei 9.870/99. **Incidência do brocardo jurídico dormientibus non succurrit jus**. É de rigor a cobrança das mensalidades não abrangidas pela prescrição. Recurso da autora provido em parte, reconhecida a prescrição parcial e prejudicado o agravo interno. (grifou-se) (TJSP, Apelação 9083165-74.2009.8.26.0000, Comarca de São Paulo, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Campos Petroni, j. em 14.02.2012).

Os brocardos também são aplicados pelo Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESCONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES.

INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A mera existência de circunstâncias atenuantes não enseja o afastamento da sanção aplicada, sendo necessário que haja a devida ponderação das referidas circunstância frente aos ilícitos praticados. Circunstâncias atenuantes consideradas, porém reputadas inábeis a afastar a imposição da pena de demissão.

2. O Presidente da Comissão Processante, por expressa autorização legal (artigo 156, §1º, da Lei n. 8.112/90), tem poder para indeferir diligências, quando estas se revelarem impertinentes, protelatórias, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

3. O impetrante não pré-constituiu prova capaz de demonstrar a imprescindibilidade e pertinência das cópias do outro feito disciplinar, ou mesmo sua similitude fática com o processo administrativo de que decorreu sua demissão.

4. O impetrante não demonstrou prejuízo advindo da denegação da requisição das cópias do outro feito disciplinar, sendo aplicável ao caso o princípio sintetizado no brocardo pas de nullité sans grief.

5. "Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade" (MS 15.064/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 17/11/2011).

6. Segurança denegada. (grifou-se) (MS 11.161/DF, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Terceira Seção, julgado em 08/05/2013, DJe 20/05/2013)

Logo, os brocardos continuam influenciando a aplicação do Direito pelos magistrados e conseqüentemente podem ser usados para chegar-se à conclusão de uma sentença (FREITAS, 2013).

Analisar-se-á o brocardo "*exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*", que é admitido com um Princípio Geral de Direito, conforme se viu no julgado supracitado. Maximiliano (2010) ensina que o Código Civil consolidou este princípio, visto que a antiga Introdução do Código Civil, Lei de Introdução, Lei nº 3.071/16, dispunha:

Art. 6. A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos, que especifica.

Este princípio origina dos institutos jurídicos de Roma. Está presente também no Código de Direito Canônico e no Código Italiano de 1865. (MAXIMILIANO, 2010). É inegável a tradição jurídica deste princípio.

Apesar de o princípio não constar mais no Código Civil e na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro não significa que não deva ser aplicado, "apenas assinala preferência pela corrente que exclui da legislação os ditames da Hermenêutica; deixa-os sobreviver no campo vasto e iluminado da *doutrina*." (grifo no original) (MAXIMILIANO, 2010, p. 193). O princípio se mantém firme. (MAXIMILIANO, 2010).

Outro brocardo que se relaciona com este é o *permitted quod non, prohibetur*: “presume-se permitido tudo aquilo que a lei não proíbe”. (MAXIMILIANO, 2010).

De acordo com o preceito da antiga introdução do Código Civil, “impõe-se também a exegese estrita à norma que estabelece uma incapacidade qualquer, ou comina a decadência de um direito: esta é designada pelas expressões legais – “ou restringe direitos”.”. (MAXIMILIANO, 2010, p. 185).

De acordo com o autor as disposições que merecem interpretação estrita são as seguintes:

a) de caráter punitivo, quando se não referem a delitos, porém cominam multa; indenização; perda, temporária ou definitiva, de cargo; incapacidade; privação de direitos ou regalias: nulidade, rescisão, decadência ou revogação; **b) as que restringem ou condicionam o gozo ou exercício dos direitos civis e políticos;** c) impõem ônus ou encargos, como, por exemplo, a obrigação atribuída a um de fornecer alimentos a outro; d) subtraem determinados bens às normas de Direito comum, ou de Direito Especial, com estabelecer isenções de impostos, ou de outra maneira qualquer; e) fixam casos de consórcio obrigatório; f) asseguram imunidades parlamentares ou diplomáticas; g) declaram incompatibilidades civis, políticas ou contrário à moral nem aos bons costumes; j) prescrevem certas formalidades, como a escritura pública, ou a particular, a presença de cinco testemunhas, a assinatura do nome por inteiro, a menção da lei violada, ou daquela em que se funda o recurso interposto, e assim por diante; k) permitem a deserção; l) determinam incapacidade; m) estabelecem foro especial ou processo mais rápido (sumário, sumaríssimo, executivo); n) concedem arrestos, sequestros e outras medidas necessárias, porém violentas; o) limitam a faculdade de acionar de novo, de recorrer, oferecer provas, defender-se amplamente; p) dão competência excepcional, ou especialíssima; q) enfim, introduzem exceções, de qualquer natureza, a regras gerais, ou a um preceito da mesma lei, a favor, ou em prejuízo, de indivíduos ou classes da comunidade. (grifou-se) (MAXIMILIANO, 2010, p. 187/188).

Maximiliano (2010) ainda ressalta os casos mais comuns que são aqueles que limitam a liberdade e que, portanto devem ser interpretados estritamente. Dentro do conceito de liberdade deve se entender os seus diferentes sentidos: liberdade de locomoção, trabalho, trânsito, profissão, indústria, comércio, etc.

Diante disto, analisa-se novamente a norma do artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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;

É notável que a norma do inciso XVII restringe o direito fundamental do artigo 5º, XII, da Constituição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Logo, trata-se de uma restrição de liberdade de profissão e conforme estudada deve ser interpretada estritamente. Assim, como não há no inciso XVII do artigo 37 a menção aos permissionários e concessionários é vedado ao intérprete fazer esse acréscimo.

O princípio estudado significa o dever ao intérprete de aplicar a norma somente às espécies que ela exprime. Não se deve acrescentar, nem suprimir algo ao que a norma dispõe. (MAXIMILIANO, 2010).

E ainda:

Restrições ao uso ou posse de qualquer direito, faculdade ou prerrogativa *não se presumem*: é isto que o preceito estabelece. Devem ressaltar dos termos da lei, ato jurídico, ou frase de expositor. (grifo no original) (MAXIMILIANO, 2010, p. 193).

Ademais, ao utilizar-se do brocardo “presume-se permitido tudo aquilo que a lei não proíbe”, que tem forte relação com o ora em estudo, chega-se a mesma conclusão. Se a lei não proibiu expressamente a acumulação do cargo ou emprego público com a “função”²⁸ do permissionário, entende-se que é permitido.

Existe também outra máxima que poderia ser aplicada ao caso ora em estudo:

[..] se a limitação não é certa, se oferece margem a dúvidas por falta de clareza ou por impropriedade da linguagem, interpreta-se contra a restrição, a favor da liberdade. *Quotiens dubia interpretativo libertatis est, secundum libertatem respondendum erit* – “toda vez que seja duvidosa a interpretação de texto concernente à liberdade, no sentido da liberdade se resolve”. (MAXIMILIANO, 2010, p. 188).

Logo, apesar de entender-se que não há dúvidas no texto da norma, caso o intérprete entendesse de forma diferente, deveria resolver a favor da acumulação.

Por último, aplicam-se ainda ao caso os brocardos que formam a base do argumento a contrario:

²⁸ Conforme visto no capítulo 1, entende-se que o permissionário não exerce a função pública em sentido estrito referida na Constituição em seu artigo 37 inciso XVII. Todavia, chamou-se aqui de função simplesmente para explicar que por meio de outras fundamentações também se chega a conclusão de que é permitido a acumulação em estudo.

Inclusione unius fit exclusio alterius: “A inclusão de um só implica a exclusão de quaisquer outros.” É mais frequente o uso da fórmula bem concisa – *inclusio unius, exclusio alterius*.

Qui de uno dicit, de altero negat, Qui de uno negat, de altero dicit: “A afirmativa num caso importa em negativa nos demais; e vice-versa: a negativa em um implica a afirmativa nos outros.”

Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit: “Quando a lei quis determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio.” (grifou-se) (MAXIMILIANO, 2010, p. 198).

Como os outros brocardos, deve ser aplicado com cautela e não se aplica a todos casos. Todavia, é cabível nos casos de Direito Excepcional, sendo este o estudado acima referente ao brocardo “*exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*”. (MAXIMILIANO, 2010).

Desse modo, este brocardo se aplica ao caso de acumulação da norma do inciso XVII do artigo 37 da Constituição. Nota-se que o dispositivo não incluiu os permissionários e concessionários, diferentemente do parágrafo 6º do mesmo artigo:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Percebe-se, então, a diferença entre os dispositivos. Quando a norma quis incluir os permissionários e concessionários de serviços públicos dispôs expressamente “pessoas de direito privado, prestadoras de serviços públicos”. Já quando não quis, ficou silente. Assim, entende-se que a norma do inciso XVII não quis incluir os permissionários e concessionários. Incluí-los dentre os casos do inciso XVII significa uma ofensa a literalidade da norma.

Sobre o sentido literal como critério de interpretação, leciona Larenz (2005, p. 453/454):

[...] O uso linguístico geral não é aqui certamente de muitos préstimos. Mas assinala, como sempre, os marcos adentro dos quais tem que estar o significado procurado. O que está para além do sentido literal linguisticamente possível e é claramente excluído por ele já não pode ser entendido, por via da interpretação, como significado aqui decisivo deste termo. Diz acertadamente, MEIER-Hayoz que o <o teor literal tem, por isso, uma dupla missão: é ponto de partida para a indagação judicial do sentido e traça ao mesmo tempo, os limites da sua atividade interpretativa>. Uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal *possível*, já não é interpretação, mas modificação de sentido. Com isto não se diz que ela esteja sempre vedada ao juiz; mas necessita de pressupostos especiais e pertence ao âmbito de desenvolvimento patente do Direito [...]

Nota-se que não é possível incluir os permissionários e concessionários no inciso XVII do artigo 37 da Constituição, visto que seria necessária uma justificativa para mudar o sentido da norma.

4.6 JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Ver-se-á agora os fundamentos utilizados pelos impetrantes dos mandados de segurança ora em estudo, as manifestações do Ministério Público, a fundamentação do juiz de primeiro grau e por último como o Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu. Analisar-se-á os pontos de concordância e divergência com a respectiva monografia.

Os impetrantes basearam a fundamentação de suas petições iniciais principalmente no fato de que o erário público não remunera o permissionário, e desse modo, não há acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas.

Outro argumento utilizado pelos impetrantes é o fato de não existir impedimento ao servidor público participar da licitação, tanto no Edital, quanto, e principalmente na Lei Complementar Municipal nº 085/01. Os impetrantes esclareceram que o artigo 9º da Lei nº 8.666/93 veda apenas a participação do servidor, dirigente do órgão, entidade contratante ou responsável pela licitação, os quais não são seus casos. Citaram ainda que a permissão “deve observar os **princípios da legalidade e igualdade, motivo pelo qual não existe vedação a participação de servidor ou empregado público em licitações [...]**” (grifo no original) (p. 17)²⁹. Concluíram que o edital não veda a participação dos servidores, até porque não teria fundamentos para tal. E ainda em relação ao processo licitatório citaram o princípio da vinculação ao edital:

A Administração Pública, desde a preparação da licitação até a sua realização, deve pautar-se pelos preceitos citados e também pela boa fé, vinculando-se às determinações legais e normativas pertinentes a este ato. Assim, a modificação das regras da licitação, **após publicar o edital em concordância com a lei em vigor, somente poderá ser feita se retificado o referido edital e dada a ele a devida publicação.**

[...]

Não obstante os fundamentos deduzidos no parecer jurídico que vetou a contratação do servidor público, **cabe ressaltar que foi somente na etapa de escolha dos pontos de táxi, ou seja, no final do certame, depois de todas as aprovações, que a Administração Pública quis mudar a regra do jogo, o que é inadmissível, ainda mais porque não existe fundamentação legal para tanto, ou seja, a Administração não está buscando corrigir uma ilegalidade, pelo contrário, está, agora, criando tal ilegalidade.** (p. 14/17)

E por último, a petição inicial continha um breve tópico sobre a jornada de trabalho. Os impetrantes ressaltaram a possibilidade de cadastrar um condutor auxiliar.

²⁹ Utilizou-se, para fins de citação, a petição do processo nº 023.11.061605-0, que originou a Apelação 2012.046447-6. Todavia, ressalta-se que as petições dos outros mandados de segurança foram muito semelhantes a esta citada, tendo em vista que a maioria delas foi elaborada pelo mesmo advogado.

Nos primeiros mandados de segurança, estes foram os tópicos alegados pelos impetrantes. Nota-se que não foi utilizado o argumento expressado no capítulo 1, o qual se acredita ser o mais importante. Em nenhum momento foi sinalizado que o permissionário não exerce a função pública em sentido estrito, a qual a Constituição faz referência no inciso XVII, artigo 37. Também não foi mencionado que o permissionário não faz parte da Administração Indireta, e portanto, o *caput* do artigo 37 não os inclui.³⁰

Os tópicos mais explanados e bem fundamentados foram o da acumulação remunerada, a qual foi estudada neste capítulo, e as regras referentes ao processo licitatório, também estudada neste capítulo. E o tópico referente a jornada de trabalho não foi tão bem explorado, visto que não foi explicado a possibilidade de se cadastrar até 2 condutores auxiliares. Os impetrantes fizeram referência apenas à possibilidade de cadastrar um.

Na apresentação de informações, o Secretário Municipal de Transportes Mobilidade e Terminais de Florianópolis limitou-se a transcorrer a manifestação publicada no site de acompanhamento da concorrência pública, já analisada no primeiro tópico deste capítulo.

A sentença a favor da acumulação foi fundamentada principalmente com um argumento diferente destes constantes até agora nas petições iniciais. A partir disto, os mandados de segurança que foram impetrados posteriormente passaram a ter em sua petição inicial este argumento utilizado pelo juiz de primeiro grau Luiz Antonio Zanini Fornerolli.

Veja-se alguns trechos da sentença:

Desfiada essa visão preliminar, cabe verificar se o permissionário de serviço público exerce função pública e, se ao permissionário é estendida à figuração como ente integrante da Administração Pública indireta, à mira do preceituado no inc. XVII da Constituição Federal.

[...]

Entre as mais variadas espécies de agente público encontra-se uma na qual o particular atua em colaboração com a Administração Pública, que é justamente a situação do permissionário (Celso Antônio Bandeira de Mello; Diogenes Gasparini; Edmir Netto de Araújo...), que em razão de um contrato celebrado com a Administração, durante a vigência dele, passa exercer função pública delegada (Hely Lopes Meirelles).

Dito doutra forma, é imperioso concluir que, o permissionário de serviço público delegado, conforme quadra constitucional desempenha função pública delegada.

³⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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;

A questão subordinante é individuar se o permissionário, nos termos da redação constitucional de 1988, é estendível a condição de integrante da Administração Pública indireta.

[...]

Disso decorre, em suma, que na Administração Pública direta não existe delegação para a prestação do serviço público. Doutro giro, é indireta, quando a Administração Pública se vale de interposta pessoa, delegando o exercício do serviço público a ser prestado à sociedade.

Diante desse contexto, efetivamente, se tem que o terceiro permissionário do serviço público, recebe do Estado uma delegação para o exercício de determinada função pública que o Estado lhe destina. Logo, está-se tratando de Administração Pública indireta.(p. 185-187)³¹

Apesar de a decisão ser favorável a acumulação da permissão do serviço público de transporte por táxi com o vínculo funcional ou empregatício com a Administração, convém discordar sobre alguns pontos da sentença.

O magistrado no início da sua decisão confunde expressamente os conceitos de Administração descentralizada com a Administração Indireta. Conforme se estudou no capítulo 1, estes conceitos não se sobrepõem. O permissionário de serviço público é uma forma de descentralização administrativa por colaboração. Todavia, isto não significa que faz parte da Administração Indireta. Esta deve ser interpretada no sentido subjetivo do Decreto-lei nº 200/67, abrangendo o conjunto de pessoas jurídicas criadas ou autorizadas por lei para o desempenho de serviços públicos ou intervenção no domínio econômico.

E ainda discorda-se do magistrado quando este afirma que o permissionário exerce a função pública disposta no inciso XVII do artigo 37 da Constituição. Consoante o estudo do capítulo 1, a função pública exercida pelo permissionário é aquela em sentido *lato*. Ou seja, representa o seu vínculo com o Estado. Já a função em sentido estrito é aquela exercida somente por servidores públicos e não pelo agente público enquadrado na categoria de particular em colaboração com a Administração.

Após essa abordagem, o magistrado analisa o argumento pelo qual concede a segurança pleiteada:

Notadamente, a respeito do permissionário de serviço público, o Texto constitucional se fez em silêncio. Observe-se que, a extensão de impedimento alinhado para a Administração Pública direta (acumulação de cargos, empregos e função pública) abrange somente as autarquias, fundações, empresas públicas, sociedade de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta e indiretamente, pelo poder público.

Portanto, na atual conjuntura, quando a Constituição Federal quis traçar regra de correspondência à Administração Pública direta para a indireta, ditou

³¹ Utilizou-se, para fins de citação, a sentença proferida no processo nº 023.11.061605-0, que originou a Apelação 2012.046447-6. Todavia, ressalta-se que as sentenças dos outros mandados de segurança foram muito semelhantes a esta citada, tendo em vista que os outros mandados de segurança foram julgados pelo mesmo juiz.

expressamente, as quais administrações indiretas se dirigia, deixando fora do alcance do impediendo o serviço prestado por permissionário.

E como sabido, por princípio geral de direito, normas que estabelecem restrição ao exercício de direito, devem ser interpretadas restritivamente (*exceptiones sunt strictissimae interpretationes*). Assim, se a Constituição Federal não distendeu a regra proibitiva de acumulação de cargos públicos aos permissionários de serviço público, é defeso ao exegeta fazê-lo.

[...]

No momento que o exegeta insere o permissionário no rol dos cargos destinados à Administração Pública indireta, passa operar como constituinte originário, uma vez que faz incluir num rol taxativo compreensão expansiva.

A questão aqui não é de integração. A Constituição Federal em momento algum sugere a necessidade de inclusão. Não há vazio constitucional para possibilitar a integração da Constituição. Como frisado, o enredo constitucional contempla uma regra restritiva, dado que estreita o arco da Administração Pública indireta em alguns segmentos que expressamente contempla.

Em sendo assim, é defeso ao intérprete do texto adotar uma fórmula de linguística constitucional que descontraia a tarifação, quer através do emprego da interpretação e muito menos com a integração, como se fosse o título constitucional interpretado aberto, conceito jurídico indeterminado ou uma cláusula geral constitucional. (p. 187/188)

O juiz neste ponto trata o brocardo jurídico estudado “*exceptiones sunt strictissimae interpretationes*” como princípio geral de direito e leciona sobre regras de hermenêutica e aplicação do direito. E continua:

Mas, isso não é suficiente! Pois inserir o permissionário do serviço público ao rol descrito no inc. XVII do art. 37 da Constituição Federal, o intérprete está a um só momento veiculando insegurança jurídica e arrogando-se desarrazoadamente como legislador constitucional, violando cláusula impediendo constitucional.

[...]

Isso é assim porque em admitir-se uma delegação específica para preencher a imprevisibilidade constitucional se está abrindo o portão para a toda sorte de inclusão. Logo, superada a letra constitucional por um motivo, não há porque não estender a essa superação a outros exercícios estatais delegados.

[...]

O Supremo Tribunal Federal, interpretando a Constituição Federal, já teve oportunidade de sumular (Súmula 339) que o Poder Judiciário não detém função legislativa. E nem poderia ser diferente. Afinal, a Constituição consagrou em sua regência que a função típica do Poder Judiciário é processar e julgar, e não legislar, que é função reservada ao Poder Legislativo.

Portanto, apresenta-se vedado ao Estado-juiz utilizar de atribuição que não detém para inserir atividade de Administração Pública indireta não regamente prevista no rol taxativo expresso na redação constitucional.

[...]

Para finalizar e em arremate: a vedação constitucional de hoje a respeito do defeso de acumulação de cargos, empregos e funções é a mesma, guardadas as letras diferentes de seu tempo, a de um Decreto de 1822. E lá o obstativo foi previsto com o fim de que, remuneradamente um servidor não poderia ter dois vínculos com o Estado, pois além de receber duas vezes pelo mesmo cofre público, recaia sobre ele contundente interrogação se haveria de desempenhar as duas funções (Diogenes Gasparini).

Isso encaminha para a conclusão de que, a inclusão do permissionário no rol taxativo do inc. XVII do art. 37 da Constituição Federal, além de ferir princípio de hermenêutica consiste em interpretar restritivamente as regras restritivas de direito, incide perpendicularmente a regra de interpretação jurídica fundada na literalidade da constitucional, da teleológica e ainda por cima da histórica.

Imaginemos que, a inclusão afasta-se da gramaticalidade do texto constitucional; a teleológica porque o objetivo da vedação é que um servidor não receba do mesmo cofre público duas vezes, ressalvado a exceção do inc. XVI do art.

37 – o permissionário não recebe dos cofres públicos; e que, desde muito, a proibição da acumulação tem ambição de garantia de resguardo em prol de um bom serviço público prestado por seu servidor. (p. 188-192).

Observa-se que a sentença concedeu a ordem pleiteada com base nas regras de hermenêutica e interpretação constitucional. Os três fundamentos principais usados na decisão foram: a) a Constituição comporta interpretação e não integração de seu texto; b) a violação da segurança jurídica; e c) o Poder judiciário não tem função normanda. O magistrado citou a regra de hermenêutica estudada neste capítulo e ainda foi além ao observar os tipos de interpretação: literal, teleológica e histórica.

O município de Florianópolis apelou das diversas sentenças proferidas pelo mesmo juiz no mesmo sentido. O ente municipal baseou seu recurso em dois fundamentos:

3.1 – A interpretação dada pelo MM Juiz prolator da sentença ao art. 37, incisos XVI e XVII da Constituição Federal vai de encontro com o clássico preceito da hermenêutica jurídica, no sentido de que normas restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente, pois é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais, reconhecidos e estabelecidos na Carta Magna, deve ser interpretada restritivamente, aplicando-se o mesmo às normas excepcionais, não tendo o constituinte incluído no rol das exceções a possibilidade de cumulação de cargo, emprego ou função pública com função pública delegada.

3.2 – A impossibilidade de cumulação de cargos, empregos e funções públicas também encontra guarida nos princípios norteadores da Administração Pública, notadamente da moralidade e eficiência, na medida em que se impede que um mesmo cidadão possa ocupar vários lugares, ou prestar serviços ao Estado, sem que possa desempenhar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, embora percebendo integralmente as respectivas remunerações. (p. 204).³²

Cabe ressaltar que estes também foram os argumentos utilizados na manifestação do Ministério Público em sede de 1º grau. No primeiro argumento, o município afirma que a cumulação que se busca não está no rol das exceções do inciso XVI. Todavia, os casos aos quais o município está se referindo trata-se das exceções da cumulação de um cargo público com um outro cargo público. Ou seja, aquelas exceções ali realmente devem ser interpretadas de forma restrita. Todavia, os mandados de segurança em análise tratam da acumulação de um cargo ou emprego com uma suposta “função”, prevista no inciso XVII.

E em relação ao segundo argumento, já se viu a possibilidade de compatibilização do horário, o que permite um bom desempenho do serviço público.

Nas contrarrazões foi utilizado um argumento novo, que, de certa forma, traduz o estudado no capítulo primeiro:

³² Novamente utilizou-se, para fins de citação, a apelação 2012.046447-6, cujo processo de origem é o 023.11.061605-0. Todavia, ressalta-se novamente que as apelações interpostas nos outros mandados de segurança são muito semelhantes a esta.

Como exposto, a interpretação da Constituição Federal precisa ser restritiva quando tratar de restrição de direitos, Excelências; **caso não fosse assim, e a interpretação de “função pública” pudesse ser ampliada ao sabor da Administração Pública, o presente causídico que assina essa peça também desempenhará “função pública”**, visto que o parágrafo primeiro do artigo segundo da Lei 8906/94, Estatuto da Advocacia:

Art 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o **advogado presta serviço público** e exerce função social.

A transcrição acima tem o singelo intento de demonstrar que em inúmeras leis esparsas e mesmo na Constituição Federal, as expressões “função pública”, “função social” ou, ainda, “serviço público” tem acepções e conseqüências jurídicas distintas; e a previsão do artigo 37, inserta no Capítulo – Da Administração Pública – se dirige, direta e inequivocamente, somente aos integrantes formais (por contrato ou aderência à Lei, estatuto) das Administrações Direta e Indireta, salvo, claro, quando fazem referência expressa ao contrário – o que não é o caso dos incisos XVI e XVII. (grifo no original) (p. 218).³³

A manifestação do Ministério Público, em sede de segundo grau, tendo em visto a forma de distribuição da Procuradoria, teve conclusões favoráveis a acumulação em alguns mandados de segurança e desfavoráveis em outros devida a atuação de Procuradores distintos.

Entretantes, faz-se mister ressaltar que a proibição constitucional de acumulação de cargos dá-se tão somente quando haja remuneração.

E mais: são alcançados por essa limitação apenas os servidores de empresas nas quais o Estado tenha participação acionária, seja diretamente, seja por meio de suas entidades da Administração Indireta.

No caso em comento, um permissionário do serviço de táxi certamente resta enquadrado no gênero de particulares em colaboração de serviço público, eis que executa o serviço, mediante permissão antecedida de licitação, fica sob fiscalização do Poder Público, mas jamais integra a Administração Direta ou Indireta.

Com essa noção, duas conclusões são extraídas: I) o Estado não tem participação acionária no permissionário do serviço de táxi; II) o permissionário não é remunerado pela Administração, mas sim pelos terceiros usuários do serviço. Ou seja, não há pagamento realizado pelos cofres públicos.

[..]

Logo, utilizando-se de uma redundância proposital, não constituindo o permissionário do serviço a Administração Direta ou Indireta, mas tão somente perfazendo a figura de particular em regime de colaboração com o Poder Público, interpreta-se o dispositivo constitucional (inciso XVII do art. 37 da Constituição Federal) como não extensivo àqueles.

Sob outra perspectiva, com relativa prudência, crê-se que dilatar a aplicação do inciso XVII do art. 37 da Constituição Federal, por meio de uma interpretação extensiva, mostra-se temerária, uma vez que o constituinte não fez menção aos permissionários de serviço público.³⁴

Observa-se que esta manifestação fez a observação de que o permissionário de serviço público não faz parte da Administração Indireta, consoante visto no capítulo 1.

As manifestações desfavoráveis a acumulação utilizaram-se da mesma fundamentação do parecer ministerial de 1º grau.

³³ Novamente utilizou-se, para fins de citação, as contrarrazões da apelação 2012.046447-6, cujo processo de origem é o 023.11.061605-0. Todavia, ressalta-se novamente que as contrarrazões apresentadas nos autos das outras apelações sobre o tema são muito semelhantes a esta.

³⁴ Parecer ministerial na Apelação 2013.001102-7

Ao total, consoante busca no site do Ministério Público de Santa Catarina (2013) quatro Procuradores de Justiça mostraram-se favoráveis a acumulação (Américo Bigaton, Plínio Cesar Moreira, Basílio Elias De Caro e Francisco José Fabiano) e oito foram contrários (Guido Feuser, João Fernando Quagliarelli Borrelli, Narcísio G. Rodrigues, Durval da Silva Amorim, Sandro José Neis, Alexandre Herculano Abreu, Paulo Cezar Ramos de Oliveira e André Carvalho). (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, 2013).

Por fim, o Tribunal decidiu uma das apelações por meio do seu Grupo de Câmaras de Direito Público e aplicou a mesma decisão aos demais:

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL - EMPREGADO PÚBLICO QUE PARTICIPA DE LICITAÇÃO PARA ATUAR COMO PERMISSIONÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS (TÁXI) - INTERPRETAÇÃO DOS INCISOS XVI E XVII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - POSSIBILIDADE DE DIVERGÊNCIA - SUSPENSÃO DO JULGAMENTO E SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO - EXEGESE DO ART. 555, § 1º, DO CPC. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.023177-4, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 28-06-2012).

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. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.023177-4, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 12-09-2012).

O voto do Relator é primeiramente fundamentado com base em todos os argumentos já citados no tópico Regras do processo licitatório. Depois se passa a análise do conceito de cargos, empregos e funções. O Desembargador utiliza-se do conceito de Celso de Melo para descrever o que é uma função pública, o qual também foi utilizado neste trabalho. E conclui:

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.

Apesar de não existir no acórdão uma explicação extensa sobre o fato do permissionário não exercer a função pública referida no inciso XVII do artigo 37, o Tribunal utilizou-se desta fundamentação. Todavia, não houve no acórdão uma diferenciação da função pública em sentido estrito da função pública em sentido amplo, o que se torna fundamental para clarear a ideia das partes, principalmente do município de Florianópolis, visto que se encontrou nas definições de agente público pela doutrina a expressão "aqueles que exercem função pública". Percebe-se também que na mesma linha de raciocínio o Relator já afirma que o serviço não é remunerado pela Administração, motivo pelo qual também não incide a acumulação.

Em seguida é analisada a possibilidade de acumulação de um cargo com uma atividade privada:

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.

[...]

No entanto, 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 poderá ser 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.

Rapidamente o Relator explica que se trata de norma restritiva de direito, não podendo ser interpretada ampliativamente e também já analisa que é possível exercer as suas atribuições tanto do cargo público como da permissão do serviço público, visto que não há incompatibilidade de horário. De forma sucinta, o Tribunal fundamentou sua decisão com base nos diversos argumentos estudados neste trabalho, com exceção do fato do permissionário não fazer parte da Administração indireta, e, portanto, não estaria incluído no

caput do artigo 37, sendo necessário fazer menção expressa a ele caso a Constituição quisesse incluí-lo.

Este acórdão transitou em julgado em 06 de dezembro de 2012. Os outros mandados de segurança que foram julgados posteriormente também transitaram em julgado e não houve interposição de um Recurso Extraordinário.

Assim, prevaleceu a tese de que é possível ser permissionário do serviço público de transporte por táxi e possuir vínculo funcional ou empregatício com a Administração Pública ao mesmo tempo.

5 CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, poderia se acreditar que a atitude da Comissão de licitação da Concorrência Pública 001/2010 do município de Florianópolis, para a delegação de 200 (duzentas) permissões destinadas a particulares para a execução do serviço público de transporte por táxi, ao impedir a contratação de servidores públicos vencedores do certame, foi correta. A Comissão negou a contratação com base no artigo 37, inciso XVII, da Constituição Federal, ou seja, afirmaram que caracterizaria acúmulo de cargos, empregos e funções públicas. No entanto, conclui-se que a norma citada não se aplica no caso em estudo.

Ante o exposto no trabalho, o Estado pode transferir o exercício de atividades que lhe são pertinentes para particulares ou criar pessoas para lhe auxiliarem. Isto chama-se descentralização.

Pode se falar em descentralização no sentido político ou no administrativo. No primeiro caso, o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central. É o caso dos Estados. A descentralização no sentido Administrativo pode ser dividida em: territorial ou geográfica; descentralização por serviços, funcional ou técnica; e por colaboração. Os territórios federais se enquadram na descentralização territorial.

A descentralização por serviços dá-se quando o Poder Público cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e lhe atribui a titularidade e execução de determinado serviço público.

Já na descentralização por colaboração o Poder Público transfere a execução de um determinado serviço público por meio de um acordo de vontades ou ato administrativo unilateral. Todavia, diferentemente da descentralização por serviços, o Poder Público conserva a titularidade do serviço. Esta descentralização se dá mediante concessão, permissão e autorização do serviço público. A permissão do serviço público de táxi se enquadra nesta categoria.

Conclui-se que o conceito de Administração Indireta não corresponde com o conceito de Descentralização Administrativa. O conceito da primeira é aquele que consta no Decreto-lei nº 200/67, que foi recepcionado pela Constituição de 1988, ou seja, a Administração Indireta abrange as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Dessa forma, ficam evidentemente fora do conceito da Administração Indireta os permissionários e concessionários do serviço público, que são uma forma de descentralização Administrativa por colaboração.

Outro ponto de divergência entre o conceito de Administração Indireta e o termo Descentralização administrativa é o fato de a Administração Indireta abranger as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica. Pode-se concluir que estas não executam serviços públicos e, deste modo, não estão abarcadas no conceito de descentralização administrativa por serviços.

As permissionárias e concessionárias de serviço público só serão incluídas no conceito de Administração Indireta quando tiverem natureza de empresa pública ou sociedade de economia mista. Os permissionários do serviço público de transporte por táxi são pessoas físicas. Com isso, foi possível inferir que o caput do artigo 37 da Constituição Federal não lhes abrange.

Ao analisar o conceito de agentes públicos, pode se inferir que a expressão visa abranger toda pessoa física que presta serviços ao Estado. Por isso mesmo é utilizado em algumas definições de Agente público a expressão “exercem função pública”. Todavia, concluiu-se que o termo função pública é utilizado pelos doutrinadores em sentido amplo e em sentido estrito.

Quando o termo “função pública” é usado na definição de agentes públicos a ideia é abranger todas aquelas pessoas que de alguma forma se relacionam com o Estado, não sendo necessariamente o vínculo empregatício ou funcional. O ponto comum entre os agentes públicos é o fato de exprimirem manifestação estatal e, por isto, o uso do termo função pública.

Há agentes públicos que fazem parte do aparelho estatal e outros agentes, como o permissionário de serviço público de transporte por táxi, não fazem parte.

O permissionário de serviço público de transporte por táxi se enquadra na categoria de agente público denominada “particulares em colaboração com o poder público”. Existe também a categoria de agentes públicos denominada “servidores públicos”. Comprovou-se que é esta categoria que ocupa cargos públicos, empregos públicos e exerce função pública.

Assim, foi possível depreender o significado da função pública em sentido estrito usada pela Constituição. Quando esta faz menção a função pública, está se referindo a duas situações. A primeira é o caso dos servidores contratados temporariamente, visto que como não realizam concurso público não podem ocupar um cargo ou emprego público e, dessa forma, exercem uma função. E a segunda hipótese corresponde às funções de chefia, direção e assessoramento, as quais devem obrigatoriamente ser ocupadas por servidores titulares de cargo efetivo.

Logo, conclui-se que as funções em sentido estrito são exercidas somente pelos agentes públicos da categoria servidores públicos.

Portanto, quando a Constituição proíbe a acumulação de cargos, empregos e funções, está se referindo diretamente aos servidores públicos e não a qualquer tipo de agente público, como por exemplo, os particulares em colaboração com o poder público. A função neste caso é uma das duas hipóteses citadas e não qualquer forma de manifestação estatal exprimida por algum agente público.

Novamente não se pode entender que os permissionários estão abarcados no artigo 37, inciso XVII, da Constituição Federal, visto que o *caput* faz referência a Administração direta e indireta, as quais o permissionário de serviço público de transporte por táxi não faz parte, e no inciso menciona cargos, empregos e funções públicas, ao quais são ocupados e exercidos apenas pela categoria servidores públicos.

Com o estudo do serviço público, deduziu-se que estes são caracterizados como público ou não de acordo com o plano de escolha política do país. O Estado pode executar o serviço mediante seus próprios órgãos, pela administração indireta ou ainda por meios de particulares.

Apesar de existirem outras formas, as mais tradicionais de execução de serviços públicos por particulares são a concessão, permissão e autorização. A concessão e permissão necessitam de prévio procedimento licitatório. E hoje há poucas diferenças entre elas, todavia a permissão é a que permite a contratação com pessoa física. E a autorização só pode ser efetivada nos serviços de titularidade da União previstos no artigo 21, XI e XII, da Constituição Federal.

Demonstrou-se que o serviço de transporte por táxi no Brasil é regulado pelos municípios com base no artigo 30, I e V, da Constituição Federal. Ou seja, o serviço de táxi é considerado pelos governos municipais como público e de interesse local. Não há diretrizes da União dispendo sobre a forma de delegação do transporte de táxi. Há apenas leis federais dispendo sobre a profissão do taxista e sobre os condutores auxiliares.

Tendo em vista que a concessão não permite a contratação com pessoa física e que a autorização, além de não exigir licitação pública, o que inviabilizaria a escolha de uma melhor proposta, deve ser feita apenas para os serviços do artigo 21, XI e XII, da Constituição, quinze capitais brasileiras optam pela delegação mediante permissão. Este é o caso de Florianópolis.

Além dos argumentos citados que afastam a aplicação do artigo 37, XVII, da Constituição Federal ao permissionário do serviço público de transporte por táxi, conclui-se também que a vedação de acumulação de cargos, empregos e funções públicas refere-se à acumulação remunerada. O intuito da norma é vedar uma dupla despesa pública. Todavia, com o estudo do instituto da permissão, inferiu-se que o permissionário de serviço público de transporte por táxi não recebe remuneração do Poder Público. O serviço é custeado por tarifa paga pelo usuário.

Assim, ainda que se aplicasse ao termo função pública um sentido amplo, a vedação constitucional de acumulação não se empregaria ao permissionário de serviço público de transporte por táxi.

O permissionário recolhe inúmeros tributos à Administração, o que afasta totalmente a geração de uma despesa pública, diferentemente do que ocorre com os servidores.

Conclui-se também que a acumulação da permissão do serviço público com o vínculo funcional ou empregatício com a Administração não viola o princípio da eficiência na prestação de serviços públicos, pois há compatibilidade de horários.

O permissionário pode cadastrar dois condutores auxiliares e a exigência da Lei Municipal 085/2001, que dispõe sobre o serviço de transporte por táxi em Florianópolis, é de sempre haver 50% da frota. Ou seja, os táxis devem circular metade do dia, 12 horas. Assim, com a ajuda de dois condutores auxiliares, não haverá ineficiência na prestação do serviço.

Viu-se ainda que a permissão exige um procedimento licitatório. E que, deste modo, aplica-se a Lei 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos, naquilo que não lhe for contrário a permissão.

O artigo 9º desta lei dispõe sobre as pessoas que estão impedidas de participarem da licitação. Conclui-se que este artigo deve ser interpretado restritivamente, conforme lição de doutrinadores e decisão do tribunal de Constas da União. E os únicos servidores públicos impedidos de participarem da licitação são aqueles que fazem parte do órgão ou entidade contratante. Assim depreendeu-se que os únicos servidores que não poderiam participar da concorrência pública para delegação do serviço de transporte por táxi em Florianópolis seriam os servidores com vínculo funcional com a Secretaria Municipal de Transportes.

A Comissão da licitação também agiu de forma incorreta ao impedir a contratação dos servidores públicos ao final do certame. A Administração deve respeitar as regras do processo licitatório. No edital também não constava impedimento aos servidores públicos participarem e, desse modo, a Comissão de Licitação mudou as cláusulas do edital ao final do processo licitatório, o que se concluiu ser uma violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Conclui-se também que a Administração também não poderia ter incluído uma cláusula no edital vedando a participação dos servidores públicos ainda que isso se desse no início do certame, pois com base no princípio da isonomia, não deve existir cláusulas que afastem proponentes qualificados. E os servidores públicos se demonstraram qualificados ao vencerem o certame.

Por fim, deduziu-se que os brocardos jurídicos devem guiar e orientar o hermeneuta. O brocardo “*exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*” é tido pelos magistrados como um verdadeiro Princípio Geral de Direito. Com base nele, regras que restringem direitos devem ser interpretadas de forma estrita, sem acréscimos e exclusões. Inferiu-se que a norma do artigo 37, inciso XVII restringe a liberdade de profissão e dessa forma, incluir os permissionários e concessionários seria uma ofensa a literalidade.

Enfim, os mandados de segurança impetrados sobre o caso em estudo foram julgados pelo Grupo de Câmaras de Direito Público reunidas, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A decisão foi, por unanimidade, no sentido de afastar a aplicação da norma do artigo 37, XVII, da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2007a. 789 p.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 mar.2013.
- _____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 14 jun. 2013.
- _____. **Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 21 abr. 2013.
- _____. **Lei nº 6.094, de 30 de agosto de 1974**. Disponível em: Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 20 mai. 2013.
- _____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mai.2013.
- _____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 mai. 2013.
- _____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 mai. 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 111550, de Minas Gerais, de 07 de abril de 2011. **Lex**: jurisprudência do STJ.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 19.091, do Distrito Federal, de 17 de outubro de 2007. **Lex**: jurisprudência do STJ.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 11.161, do Distrito Federal, de 20 de maio de 2013. **Lex**: jurisprudência do STJ.
- _____. Tribunal de Contas da União. Decisão 603/97 Plenário. Ata 36/97. Processo nº TC 450.050/97-1, Estado do Pará, de 07 de outubro de 1.997. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Processos.faces?numero=450.050>>. Acesso em: 26 mai. 2013.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário nº 0111600-72.1997.5.04.0332, da 2ª Vara de Trabalho de São Leopoldo, de 20 de junho de 2006. **Lex**: jurisprudência do TRT4ª.
- _____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 0036379-23.2000.4.01.9199, do Distrito Federal, de 17 de março de 2005. **Lex**: jurisprudência do TRF1ª.
- _____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 200651010234860, do Rio de Janeiro, de 29 de novembro de 2010. **Lex**: jurisprudência do TRF2ª.
- BUNN, Marcos Roberto. **Servidor Público pode ser permissionário do serviço público municipal de transporte individual de passageiros por táxi?** 2013. 39 f. Monografia (Pós-graduação em Direito Público) - Universidade Anhanguera - Uniderp, Florianópolis, 2013.
- CARLIN, Volnei Ivo. **Direito Administrativo: Doutrina, Jurisprudência e Direito Comparado**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2005. 462 p.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumun Juris, 2009. 1177 p.

CENTRO DE APOIO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Notas do Centro de Apoio de Defesa do Patrimônio Público a respeito dos serviços de transporte coletivo por meio de táxi**. Disponível em:

<http://www.mpes.gov.br/conteudo/CentralApoio/conteudo5.asp?cod_arquivo=4321&cod_centro=18>. Acesso em: 30 maio 2013.

DIAS, Flavio Augusto de Oliveira Passos. **Serviços de táxi: elementos para um novo modelo regulatório**. 2007. 98 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007

FEPESSE. **Fundação de Estudos e Pesquisas Socioeconômicos: concorrência pública - SMTMT nº 01/2010**. Disponível em: <<http://taxipmf.fepese.ufsc.br/>>. Acesso em: 31 maio 2013

FLORIANÓPOLIS. **Lei Complementar nº 85**, de 11 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br/cgi-local/topsearch.pl>> Acesso em: 29 jun. 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. Os poucos conhecidos e lembrados brocardos jurídicos. **Consultor Jurídico**, [s.l.], n. , p.1-2, 24 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-24/segunda-leitura-conhecidos-lembrados-brocardos-juridicos>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1160 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 518 p.

JUSBRASIL: Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=a%C3%A7%C3%A3o+direta+de+inconstitucionalidade+t%C3%A1xi+permiss%C3%A3o&s=jurisprudencia&p=2>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. 1135 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. 727 p.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo 27510 em Mandado de Segurança nº 2011.027510-6, de Ribas do Rio Prado, de 18 de abril de 2012. **Lex**: jurisprudência do TJMS.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 342 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009. 446 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 1032 p.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 894 p.

_____. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 480 p.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Material de apoio: Pareceres 2º Grau**. Disponível em:

<http://acervo.mp.sc.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=nextpage:ID_V_Pareceres&secao_id=46>. Acesso em: 14 jun. 2013.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 323 p.

PEREIRA, Adriano de Souza. **A transferência direta da permissão de táxi frente ao procedimento licitatório para a prestação de serviços públicos, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal**. 2009. 80 f. Monografia (Bacharel) - Curso de Direito, Centro Universitário metodista Izabela Hendrix, Nova Lima, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 932 p.

_____. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 445 p.

_____. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 461 p.

PRADO, Leandro Cadenas. **Servidores Públicos Federais: Lei nº 8.112/90**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2008. 296 p.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2012.023177-4, da Capital, de 12 de setembro de 2012. **Lex: jurisprudência do TJSC**.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2012.046447-6, da Capital, de 04 de fevereiro de 2013. **Lex: jurisprudência do TJSC**.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2013.001102-7, da Capital, aguardando julgamento. **Lex: jurisprudência do TJSC**.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação 9083165-74.2009.8.26.0000, de São Paulo, de 14 de fevereiro de 2012. **Lex: jurisprudência do TJSP**.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 926 p.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos: orientações básicas**. 2. ed. Brasília: Tcu, Secretaria de Controle Interno, 2003. 282 p.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Consulta de processos do 1º Grau**. Disponível em: <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=23&cbPesquisa=NMAVOGADO&dePesquisa=Alexandre+Machado+Navaro>>. Acesso em: 31 maio 2013.

_____. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>>. Acesso em: 31 maio 2013.

ANEXOS

ANEXO A – ARTIGOS CONSTITUCIONAIS CITADOS AO LONGO DO TRABALHO

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Art. 21. Compete à União:

[...]

VII - emitir moeda;

[...]

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

[...]

XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

[...]

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

[...]

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

[...]

§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77.

§ 1º Perderá o mandato o Governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

[...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

[...]

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como li-mite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tri-

bunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

[...]

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

[...]

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;

[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II - investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

[...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

O artigo 42 foi alterado pela Emenda Constitucional nº 18/98, não existindo mais o § 4º. Redação do artigo anterior à emenda:

Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 4º - O militar da ativa que aceitar cargo, emprego ou função pública temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo

de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a inatividade.

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...]

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*;

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

[...]

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

[...]

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

[...]

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a";

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

[...]

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...]

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

III - O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

[...]

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

[...]

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

§ 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, *b*;

II - os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.