



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação

Unconstitutionality of subcontracting in the provision of public services by private parties without prior bidding

Larissa Peixoto Valente; Clara Santos Souza

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar as razões que justificam a inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação na ordem econômica brasileira. Para tanto, a metodologia utilizada no presente artigo foi o método hipotético dedutivo. Razões serão listadas para demonstrar a inconstitucionalidade da subcontratação sem prévia licitação, sob a luz dos aspectos dos princípios Direito Administrativo, da Constituição Federal de 1988 e dos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Administração Pública; Concessão; Licitação; Ordem Econômica; Subcontratação.

Abstract: The objective of this study is to analyze the reasons that justify the unconstitutionality of subcontracting in the provision of public services by private individuals without prior bidding in the Brazilian economic order. For this, the methodology used in this article was the hypothetical deductive method, using bibliographies, articles and doctrine as research elements. Reasons will be listed to demonstrate the unconstitutionality of subcontracting without prior bidding, considering aspects of the principles Administrative law, the 1988 Federal Constitution and constitutional principles.

Keywords: Public administration; Concession; Bidding; Economic Order; Subcontracting.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6n1p179-201>

Artigo submetido em: agosto de 2018 / **Aprovado em:** janeiro de 2019.

INCONSTITUCIONALIDADE DA SUBCONTRATAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR PARTICULARES SEM PRÉVIA LICITAÇÃO

Larissa Peixoto VALENTE* e Clara Santos SOUZA**

1 Introdução; 2 Serviços públicos e o Estado de bem-estar social; 2.1 Estado do bem-estar social: perspectivas brasileiras; 2.2 Serviços públicos e necessidades humanas; 2.3 Particulares e a prestação dos serviços públicos; 3 Licitação e ordem econômica no Brasil; 3.1 Princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; 3.2 Licitação: aspectos gerais e tópicos sobre concessão e permissão; 4 Subcontratação do serviço público e a sua inconstitucionalidade; 4.1 Análise panorâmica do artigo 26 da Lei Federal nº 8.987/95; 4.2 A inconstitucionalidade da subcontratação na concessão e permissão diante da ordem econômica e dos princípios da Administração Pública; 5 Considerações finais; 6 Referências bibliográficas.

1. Introdução

O estudo da inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação é de suma importância para toda comunidade acadêmica e profissional jurídica. Trata-se de um tema complexo, pois verifica-se um conflito entre a Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal nº 8.987/95, posto que enquanto a primeira estabelece formalidades de execução do procedimento e respeito a princípios, a outra não se posiciona, omitindo-se quanto à necessidade de licitação para algumas situações. Há aqui, portanto, uma celeuma: se a lei permite a subcontratação sem prévia licitação posterior à assinatura de um contrato administrativo, seria tal disposição contrária ao texto constitucional.

Com essas considerações, demonstra-se a fundamental importância em avaliar de maneira aprofundada essa discussão. Identifica-se que a subcontratação sem prévia licitação, além de macular os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, põe em risco a execução do objeto do certame na sua forma mais protetiva dos interesses públicos e efetivação dos princípios constitucionais administrativos. Como justificativa desta análise, tem-se que diversas licitações são realizadas pelo poder público, mas não alcançam os efeitos orientados pela carta magna normatizados pelos princípios. Em outras palavras, a identificação da inconstitucionalidade da subcontratação sem prévia licitação se justifica para fins de controle da própria administração pelos cidadãos para uma melhor, de maior eficiência e qualidade prestação dos direitos garantidos no texto constitucional.

* *Doutoranda em Direito Público pela UFBA. Mestre em Direito Público pela UFBA. Graduada em Direito pela UFBA. Professora e Advogada.*

** *Bacharel em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa (FRB/Devry/Adtalen), Campus Paralela. Advogada.*

Embora omissa quanto à necessidade de licitação, a lei prevê a subcontratação, tendo em vista a orientação por um elenco de princípios, dentre os quais figura o princípio da finalidade. Ou seja, a atuação do terceiro subcontratado é considerada lícita em razão do seu real destino: efetivação e preservação da supremacia do interesse público com a finalização imediata de uma obra ou a prestação de um serviço por um preço ou valor menor ao contratado com a administração. No entanto, confronta-se com os demais princípios constitucionais fundamentais da atividade administrativa, demonstrando-se a inexistência de preocupação com uma qualidade do serviço ou da obra destinada à população, bem como a mácula de princípios da ordem econômica.

Por conseguinte, denota-se que a problemática do presente artigo surge a partir da discussão na aplicação da Lei de Concessões e Permissões brasileira como base para os contratos firmados posteriormente ao procedimento licitatório. Ao mesmo tempo que se busca dar uma maior eficiência e preservação aos interesses públicos, a lei, em relação à matéria, possui posições opostas à Constituição Federal.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar as razões que justificam a inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação. Necessário reconhecer que a motivação que impulsionou a analisar o referido instituto se pauta na ausência de obras doutrinárias que tratem sobre o assunto, bem como na divergência entre os diplomas normativos e na existência de lacunas normativas.

Por fim, ressalta-se a conseqüente real impossibilidade de subcontratação como forma de transferência de direitos e obrigações a particulares na execução de serviços públicos. Afinal, deve-se preservar a segurança jurídica do objeto alvo de um procedimento licitatório realizado pela própria Administração Pública.

Para a realização e desenvolvimento da pesquisa, adotou-se como método de abordagem hipotético dedutivo com uma pesquisa qualitativa, dedutiva e descritiva, utilizando como elementos de pesquisa a bibliografia, artigos e material legislativo.

Destinando-se a atender o objetivo proposto, será realizada uma breve exposição acerca da relação entre os serviços públicos e o Estado do bem-estar social. Nesta ocasião serão explanados o seu surgimento, a sua finalidade e importância para a promoção e satisfação das necessidades humanas, salientando os direitos e garantias fundamentais. Ademais, demonstrar-se-á que há a participação do particular em conjunto com a administração para promover tais direitos.

Em seguida, serão analisados os aspectos peculiares da prestação dos serviços públicos por particulares, justificando a intervenção do Estado para garantir a eficiência da prestação dos serviços, respeitando-se os princípios da livre concorrência e liberdade de iniciativa, com o objetivo de favorecer os cidadãos.

Posteriormente, será elucidada a importância da licitação, os princípios que a fundamentam, bem como os conceitos basilares de concessão e permissão como formas genuínas de delegação do serviço público ao particular.

Por fim, serão demonstradas as justificativas da inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares com a mera anuência do ente concedente, sem prévia licitação, a partir de toda a base principiológica compreendida na Constituição Federal de 1988.

Por tais razões, será realizada uma análise das leis que abarcam o tema, observando a ausência de normas expressas sobre a ocorrência da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação. Ou seja, buscar-se-á demonstrar a inconstitucionalidade desse instituto, haja vista que ele permite a desídia ou negligência da administração pública em realizar uma fiscalização efetiva do serviço prestado ao cidadão. A possibilidade de subcontratação sem prévia licitação será alvo da análise ora proposta para fins de que se desenvolva um instrumento hábil e eficaz para o controle da atividade administrativa com fundamento na seara do direito econômico e administrativo.

2. Serviços públicos e o Estado de bem-estar social

2.1 Estado do bem-estar social: perspectivas brasileiras

O Estado do bem-estar social também é conhecido pelo termo em inglês, *Welfare State*. Além disso, está relacionado à crise fiscal provocada pela dificuldade cada vez maior de harmonizar os gastos públicos com o crescimento da economia capitalista. Representa um marco histórico quanto à participação do Estado na solução de problemas sociais, haja vista que é proveniente do movimento urbanizador que se intensificou em meados do século XIX, na Europa após a Segunda Guerra Mundial. Caracteriza-se na utilização do poder de intervenção do Estado no sistema econômico de uma nação em nome do estabelecimento de programas assistencialistas, como é o caso da promulgação de leis que asseguram o direito ao acesso à saúde e seguro contra doença, invalidez ou a velhice.

Tem-se o Estado do bem-estar social como resultado do choque entre as concepções de Estado que se pautam, de um lado no Estado Social radical, do outro o Estado Liberal (BRITO, 2016, p.44.). Neste, observa-se a plena livre iniciativa, bem como a abstenção do Estado na promoção dos direitos e garantias fundamentais. No primeiro, tem-se o Estado único empresário, consagrado na sua forma radical, mantenedor da sociedade e de todos os seus fatores e agentes, pautado no caráter autoritário¹. O Estado do bem-estar social, portanto, nasce como síntese dessas concepções contrapostas.

¹ Para maiores informações sobre a economia nos tipos de Estados identificados no texto, conferir: SINGER, Paul. **Curso de introdução à economia política**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1982.

Como resultado proposto pela descrição acima, o Estado do bem-estar social é assistencial, garantindo padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda, protegendo uma população hipossuficiente e frágil. Ou seja, observa-se a necessidade do estabelecimento de medidas relacionadas à seguridade social a todos os cidadãos: essa é a missão e o objetivo do Estado ao estabelecer em seu texto constitucional os direitos e garantias fundamentais. Protegê-los e efetivá-los, portanto.

No Brasil, essa mudança de concepção do Estado também ocorreu. O aumento do grau de intervenção estatal na economia nacional teve início na Era Vargas, chegando ao auge durante o período da ditadura militar, noticiando-se os investimentos em infraestrutura (nas áreas de telecomunicações, energia elétrica, estradas) e desenvolvimento de grandes empresas. Assim, o Estado passava a intervir na área econômica, regulamentando as atividades produtivas a fim de assegurar a geração de riquezas e proteção dos direitos individuais dos cidadãos brasileiros. Estaria aí a concepção do Estado do Bem-Estar Social dualista²: ao mesmo tempo que garante a livre iniciativa, intervém no âmbito econômico para que haja garantia dos direitos concedidos pela carta magna aos brasileiros. Ademais, não só com a regulamentação dos serviços realizados pelas empresas privadas, mas também com a realização dos serviços assistenciais.

O Estado do bem-estar social se caracteriza pela forte intervenção na área econômica, de modo a regulamentar praticamente todas as atividades produtivas a fim de assegurar a geração de riquezas materiais junto com a diminuição das desigualdades sociais (CANCIAN, 2017). Há a possibilidade, também, de esses serviços serem prestados pelo ente privado, desde que observados os requisitos legais e constitucionais. Dessa forma, busca-se garantir a realização dos serviços públicos, abrangendo e salvaguardando as áreas de distribuição de renda, habitação e previdência social.

Conforme elucidado por Edvaldo Brito, o que caracteriza a intervenção econômica é a circunstância de submeter o uso de recursos da coletividade de forma a garantir a melhor e mais eficiente satisfação de seus interesses e necessidades. Isto é, utilizar a despesa pública com o intuito de maximizar a finalidade social desses recursos, pois a intervenção estatal se faz na perspectiva de permitir aos indivíduos a participação no consumo, no usufruto e no gozo dos bens materiais como meio eficaz de aumentar a participação nos benefícios (BRITO, 2016, p. 48). Considerando assim como dever estatal, tem-se o aumento da satisfação do bem-estar da coletividade, levando em conta o desenvolvimento econômico. Em outras palavras, este não pode ser ol-

² Edvaldo Brito utiliza a nomenclatura estado dualista para demonstrar que um Estado possui o objetivo de desenvolver a livre iniciativa e os valores da ordem econômica, mas também proteger os valores da ordem social. Cf. BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

vidado pelo Estado nem mesmo considerado como único pilar das atividades estatais: a garantia do desenvolvimento econômico deve andar de mãos dadas à satisfação do bem-estar social.

No Brasil, apesar de não ter havido, de fato, um Estado de bem-estar na Era Vargas, a Constituição Federal de 1988 resgata seus ideais e o implanta ao garantir a promoção dos direitos sociais e individuais, bem como o desenvolvimento econômico pautado na livre iniciativa. No entanto, há um grande déficit em matéria de efetividade dos direitos fundamentais e sociais, o que exige do Estado mais direcionamento em suas políticas e planejamento, de modo a promover a execução dos objetivos e princípios constitucionais, assegurando que as desigualdades sociais não comprometam o exercício pleno dos direitos civis e políticos³.

Nessa perspectiva, Gasparini elucida as situações em que as comodidades e utilidades não são possíveis de serem supridas pelos administrados, tendo em vista que só poderão ser satisfeitas através de atividades a cargo da Administração Pública, considerando a capacidade de oferecê-las com vantagem, segurança e perenidade. Todas as atividades da Administração Pública destinadas ao oferecimento de comodidades e utilidades com essas características constituem *serviços públicos* (GASPARINI, 2012, p. 348).

O Estado, por sua vez, não age sozinho para a promoção de seus deveres, consubstanciados nos direitos dos cidadãos. Age conjuntamente com a iniciativa privada, podendo esta atuar como se Estado fosse ao prestar serviços públicos, sob o regime de concessão e permissão ou outras categorias jurídicas previstas na constituição e legislação esparsa – tudo em favor da promoção dos direitos e garantias fundamentais e sociais.

2.2 *Serviços Públicos e Necessidades Humanas*

Conforme a nossa Magna Carta dispõe expressamente, o serviço público é a atividade de responsabilidade do poder público e seus delegados na prestação de serviços. Sendo assim, pode-se conceituar o serviço público como todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado (MEIRELES, 2013, p. 330).

Nesse sentido, explica a doutrinadora Di Pietro que serviço público é

³ A necessidade de planejamento estatal em qualquer tipo de Estado é defendida por Manoel Jorge Silva e Neto em SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional econômico**. São Paulo: LTr. 2001.

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 (DI PIETRO, 2017, p. 262).

Sendo assim, o titular do serviço público é o Estado, mas pode ser tal serviço prestado por outros entes de direito privado. Conforme prevê o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, a lei estabelece o que é o referido serviço público, podendo a sua gestão e realização ocorrer diretamente pelos órgãos estatais ou indiretamente (através de pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou ainda, por concessões ou por permissões). No entanto, o serviço público, sendo prestado pelo ente privado, não será realizado sem a fiscalização por parte do Estado, posto que cabe a este garantir um serviço adequado, atendendo, assim, às necessidades humanas, cumprindo os prestadores critérios jurídicos, técnicos e econômicos.

No que pertine à concepção de serviço público, impende explicar duas classificações importantes que influenciam diretamente a ordem econômica. Em primeiro, tem-se o serviço público *uti universi*, expressando os que atingem a universalidade, ou seja, aqueles serviços públicos prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos, não sendo os usuários identificáveis. O serviço público *uti singuli*, por sua vez, advém do aspecto da singularidade, sendo aquele que tem por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos. É, pois, serviço público específico e divisível cujos usuários são identificados (MEIRELES, 2013, p. 334)⁴.

Os referidos tipos de serviço público buscam satisfazer as necessidades humanas. Essas necessidades são as exigências reais ou efetivas para uma vida digna em sociedade. Vale ressaltar que o mais importante fundamento e objetivo do Estado Democrático de Direito é o princípio da dignidade da pessoa humana, que levanta necessidades provenientes das influências culturais apresentadas habitualmente pelos indivíduos da sociedade – e que devem, portanto, serem satisfeitas (BRITO, 2016, p. 70). Essas necessidades individuais formam, em conjunto, as necessidades sociais: coletivas, quando são apresentadas por grupos de determinadas categorias; ou gerais, quando caracterizada como de todos de forma indistinta, como saúde, educação e segurança pública. A satisfação de tais necessidades sociais permite dirimir e amenizar a carência apresentada na sociedade, preservando a valorização do ser humano através de medidas que dão efetividade à dignidade da pessoa humana⁵.

Segundo Hely Lopes, numa outra concepção sobre serviço público, existem dois institutos que visam facilitar o entendimento sobre o tema. Os elementos que o referido

⁴ Sobre esse tema, também tratou o Código Tributário Nacional ao definir a normatização das taxas, conforme artigos 77 e 79.

⁵ A dignidade da pessoa humana aparece de forma expressa como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º da CF/88, como demonstrativo da base da família, da sociedade e do Estado no artigo 227, da CF/88.

autor se refere permitem a classificação em serviço público e serviços de utilidade pública. O primeiro tipo visa satisfazer necessidades gerais e essenciais da sociedade, com o objetivo de ajudar no desenvolvimento desta. O segundo visa facilitar a vida dos cidadãos na sua convivência em coletividade, colocando à disposição deles o que poderá proporcionar mais conforto e bem-estar (MEIRELES, 2013, p. 332).

Malgrado os posicionamentos que aparentemente divergem, o serviço público deve satisfazer as necessidades humanas, de forma geral ou específica, possuindo utilidade pública ou visando proporcionar a realização de um direito individual. Em verdade, são concepções que se complementam. O Estado, assim, no desempenho das suas funções deve realizar o bem-estar e garantir o desenvolvimento econômico, sem olvidar da utilização e busca de eficientes métodos de produção de recursos essenciais para o suprimento das carências coletivas.

2.3 Particulares e a prestação dos serviços públicos

Na tentativa de obter maior eficiência e economicidade na prestação de serviços públicos, sobretudo de natureza social, o Estado tem o poder de delegar as suas atividades. Atuando dessa forma, desenvolve as suas atividades através das suas unidades interiores e por pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado, realizando direta ou indiretamente suas funções (MELO, 2011, p.137).

No entanto, o exercício dessas atribuições deve estar em consonância com o descrito no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, cujo teor individualiza os princípios da Administração Pública, com o intuito de delinear e fundamentar o exercício das atividades administrativas em todas as esferas de governo. São os princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dessa forma, para o desenvolvimento do Estado Social é necessário que o interesse público se sobreponha diante dos demais interesses individuais, dando azo à conhecida primazia do público sobre o privado, à tendência para a organização social, na qual os anseios da sociedade devem ser atendidos pela Administração Pública primordialmente. Assim, para o desenvolvimento do Estado Social, estabelece-se a criação de entidades da Administração direta ou indireta, ou transfere-se a particulares a realização de serviços que efetivem os direitos sociais. No entanto, para a prestação de serviços públicos pelos particulares, deve haver lei específica, conforme prevê o art. 37, XIX, CF/88⁶.

No caso de os prestadores do serviço possuírem personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas de Direito Público), a lei cria diretamente

⁶ XIX, art. 37 CF/88 - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; [\[Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\]](#).

tais entidades. Se forem de Direito Privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de Direito Privado), a lei autoriza sua criação, devendo seus atos constitutivos serem arquivados no registro competente para que tenha início sua existência (MELO, 2011, p. 139).

Ao transferir o exercício das suas atividades administrativas a particulares, o Estado cria uma atividade descentralizada, através da celebração dos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos e, concomitantemente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim, com vistas a execução sob regime jurídico predominantemente privado. Essa possibilidade afeta, portanto, o elemento subjetivo, porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas aptas a prestarem serviços públicos, podendo os particulares fazê-lo por delegação do Poder Público (MELO, 2011, p. 139).

A participação do Estado em atividades executadas exclusivamente pelos particulares desfaz a tradicional descrição das funções do Estado como sujeito abstrato da ciência financeira. Esta o define como sujeito da economia política, ao passo que a participação do particular na prestação dos serviços públicos modifica a atuação exclusiva do Estado na ótica da noção tradicional de tais serviços. Ou seja, quebra-se a clássica concepção de serviço público entendido como simples atividade de interesse geral prosseguida por um organismo administrativo sob regime de Direito Público (BRITO, 2016, p 18).

Assim, se houver a prestação do serviço por um particular não vinculado à Administração Pública, há um microssistema jurídico a ser observado: o respeito aos princípios administrativos e da ordem econômica previstos na constituição e normas infraconstitucionais que versam sobre licitação, fiscalização e concessão e permissão de serviço público.

No Brasil, a Constituição Federal descreve atividades abordando o tema no capítulo da ordem econômica e nas atribuições das competências estatais, como está descrito no artigo 175 da Constituição Federal de 1988. Incumbe-se ao poder público, diante da prestação de serviços públicos, exercer suas atividades direta ou indiretamente sob regime de concessão ou permissão, sempre precedidas de licitação. Isso, desde que sejam cumprindo os requisitos dispostos na lei afim de garantir as condições do serviço prestado, bem como garantindo a livre iniciativa e a livre concorrência (GRAU, 2000, p. 200 – 207).

Desta forma, visando a satisfação do interesse social, conforme elucida Dirley da Cunha Júnior, também é possível encontrar serviços públicos exclusivos do Estado, mas passíveis de realização por terceiros. Ou seja, os que só podem ser prestados pelo Estado, diretamente por seus órgãos ou indiretamente através das entidades da administração, pelas concessionárias ou permissionárias, quando autorizadas.

Exemplos desses serviços são os serviços postais, o correio, aéreo nacional, radio-difusão, telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea. Dessa forma, observa-se o surgimento de um regime de monopólio, consistindo na exploração de atividades sem concorrente, em virtude do privilégio estatal. É a posse ou o direito em caráter exclusivo. Ter o monopólio é possuir ou desfrutar da exploração de maneira abusiva, é vender um produto ou serviço sem concorrente, por altos preços ou de competição, como afirma o próprio autor, podendo desencadear o controle sobre os preços e a paralisação da concorrência (JÚNIOR, 2014, p.221).

A exclusividade da prestação de serviços públicos constitui uma situação de privilégio, afinal a distinção entre os serviços públicos e atividades de competência dos particulares torna-se cada vez mais indistinta. Embora os serviços públicos sejam realizados por particulares, foram criados em favor da coletividade, devendo o Estado atuar como agente fiscalizador e gestor dessas atividades (GUIMARÃES, 2017). Em outras palavras, o Estado deverá atuar com o intuito de garantir o melhor serviço possível ao público, mesmo que prestado pelos particulares.

Nesse sentido, visando o interesse da administração pública, regra para celebração de todo e qualquer contrato administrativo é a licitação. Esta consiste num procedimento administrativo vinculado, destinado a obter a melhor proposta para o contrato de interesse da administração. Ademais, permite a realização do regime de concessão e de permissão, os quais representam a realização dos serviços em regime de iniciativa privada. Observa-se neste procedimento a competição entre as empresas, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos⁷, conforme elucida o artigo 173 §2 da Constituição Federal de 1988. Possuem o objetivo de apresentar efetividade, eficiência e agilidade no desempenho das atividades, tendo em vista que o que se pretende é a maximização do bem-estar do consumidor, cidadão, detentor de parcela do que se denomina interesse público (NETO, 2001 p 174-178).

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho ensina que o serviço público é de titularidade do Estado, ainda que sua gestão possa ser atribuída a particulares. Contrariamente, afirma que não se aplicam os princípios de livre iniciativa, uma vez que a prestação do serviço público incumbe ao Estado. Nem se poderia cogitar de livre concorrência, pois a titularidade estatal se retrata no monopólio. O fundamento constitucional que dá supedâneo à doutrina do autor é o artigo 175 da Constituição Federal de 1988 (JUSTEN FILHO, 2003, p.200). Em verdade, após a assinatura do contrato administrativo, não poderia haver a concorrência nem a livre iniciativa, afinal, estas se demonstraram ao início e durante o procedimento licitatório.

⁷ Existe, no entanto, a previsão normativa constitucional da determinação de favorecimento de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos termos do artigo 146 e 179 da CF/88, sendo tais artigos regulamentados pela Lei Complementar nº 123/2006.

Dessa forma, compreende-se que os particulares podem prestar serviços públicos, desde que atendam aos requisitos legais e participem do procedimento de licitação. Ademais, neste procedimento se averigua a eficácia dos princípios da administração pública previstos no artigo 37, caput do texto constitucional ora vigente, bem como dos princípios da ordem econômica presentes no artigo 170 do mesmo diploma. No entanto, cabe ao Estado o poder de intervir nas atividades de prestação de serviço pelos particulares ou de modificar as regras relativas à sua prestação, a fim de resguardar a ordem econômica e o caráter público das referidas atividades dentro dos critérios da livre iniciativa, promovendo aos cidadãos serviços eficientes e de melhor qualidade possível.

3. Licitação e ordem econômica no Brasil

3.1 Princípios da livre iniciativa e da livre concorrência

A ordem econômica concebida na Constituição Federal 1988 é composta por fundamentos, fins e princípios que se relacionam com o fim de promover a justiça social, preservar a dignidade humana e o bem-estar-social, integrando esses valores ao desenvolvimento econômico. Este é promovido pela iniciativa privada e o exercício de atividade econômica com as devidas observações da regulação, planejamento e intervenção pública na economia.

Dentre os princípios da ordem econômica, conforme dispõe o Artigo 170 da Constituição Federal de 1988, apontam-se a livre iniciativa e a livre concorrência.

A livre iniciativa envolve o livre exercício de qualquer atividade econômica, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão além da liberdade de contrato. Há o objetivo de assegurar aos indivíduos a livre escolha da atividade que queiram desenvolver para seu sustento, assim como limitar a atuação do Estado no campo das opções econômicas dos agentes, tanto o direito de acesso ao mercado, como o de cessação da atividade econômica.

É importante ressaltar que a livre iniciativa não está restrita à liberdade econômica, pois sob outros aspectos pode-se visualizar o princípio como algo além da afirmação do capitalismo. Em sua perspectiva substancial, a liberdade é definida como acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado, o que determina a ordem jurídica é o seu caráter jurídico (GRAU, 2000, p.223). Ademais, é fruto da primeira dimensão dos direitos, de caráter abstencionista de atuação do Estado, garantindo aos cidadãos a liberdade para ir e vir, pensar, manifestar-se, empreender.

Os agentes econômicos devem ser livres para produzir e colocar seus produtos no mercado⁸. Conseguem se impor e se desenvolver graças ao princípio da livre concorrência, que a todos assegura a liberdade nos mercados. Além disso, devem ser livres para cessar suas atividades, em obediência ao princípio econômico do custo de oportunidade (MELO, 2011, p. 803).

A livre concorrência na constituição brasileira de 1988 representa a afirmação de uma opção pelo regime de economia de mercado. Uma vez que tal postura ideológica é assumida, a Constituição adota como princípio *a mola básica que rege aquele tipo de organização da economia* (FONSECA, 2007, p 228 - 229). A liberdade de concorrência é garantida como forma de se chegar ao equilíbrio, *não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas* (FONSECA, 2007, p. 228 - 229).

Dessa forma, pode-se dizer que existe ligação entre a livre concorrência e a livre iniciativa, ou seja uma complementa a outra, com o fim de buscar um equilíbrio econômico para o fortalecimento do mercado e da sociedade e proteção dos vulneráveis.

Em face de dois fatores, surge a livre concorrência. Nas relações de consumo, ela sobressai através do poder de decidir sobre as suas reais necessidades, escolhendo o que adquirir e o valor atribuído ao objeto que irá ser consumido. Da disputa entre empresas, principalmente quanto às competições de preços, objetiva-se apurar as melhores condições para efetivação de compra ou realização de uma obra e a ampliação de oportunidades de emprego.

Ao estabelecer a livre concorrência como princípio, a Constituição adota explicitamente uma opção, impondo que a acomodação da ordem econômica se dê com a presença de mercados funcionando sob a dinâmica concorrencial. Portanto, a política econômica e o conjunto de normas infraconstitucionais dela decorrentes devem obedecer a esse princípio, buscando conformar os mercados de tal modo em que se constate a manutenção dos níveis concorrenciais e, para tanto, a pluralidade de agentes econômicos nos diversos mercados relevantes.

Na qualidade de princípio da ordem econômica, a livre concorrência assume, portanto, dois papéis fundamentais. Primeiro, reflete a ideologia neoliberal inspiradora da Constituição, impondo o estabelecimento de uma ordem econômica baseada na economia de mercado, dinamizada pelo modelo concorrencial. O segundo, por sua vez, diz respeito ao papel instrumental da livre concorrência, uma vez que imprescindível para assegurar a concretude da livre iniciativa, na medida em que impede o

⁸ Mercado é o termo que se refere à área onde são realizadas transações econômicas ou financeiras, isto é, uma troca de bens e serviços entre particulares, empresas ou outro tipo de organização, que movimenta o sistema econômico

abuso do poder econômico, estabelecendo as regras do jogo de mercado e viabilizando, principalmente, os pequenos empreendimentos.

Deste modo, compreende-se que, no âmbito da livre concorrência e da livre iniciativa, o envolvimento do Estado no exercício da atividade econômica e a competição pela afirmação no mercado demonstram que as atividades consubstanciadas em serviços públicos prestadas por particulares devem também respeitar tais princípios. Afinal, os particulares são livres para empreender, mas concorrem entre si diante de um procedimento licitatório, devendo o Estado escolher a melhor oferta diante do objeto licitado. Em seguida, o Estado intervém para fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e a regularidade e eficiência na prestação de serviços assumidos pelo particular licitante.

3.2 Licitação: aspectos gerais e tópicos sobre concessão e permissão

Ao contrário dos particulares que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, mediante a participação de um particular, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação, previsto na Lei Federal nº 8.666/1993.

A licitação se trata de um certame que as entidades governamentais promovem, através de disputa entre os interessados, a fim de escolher propostas mais vantajosas para a administração pública ao adquirir bens ou serviços. Surgindo, assim, a ideia de competição, com o objetivo de que os competidores preencham os atributos e aptidões necessários ao bom e eficiente cumprimento das obrigações que se propõem assumir (MELO, 2011, p. 528). Presente aí a preservação do princípio da livre concorrência, portanto.

A própria Constituição Federal de 1988 impõe, no artigo 37, XXI, a necessidade da licitação nos casos de obras, serviços, compras e alienações para os entes públicos. Essas atividades serão contratadas mediante prévio procedimento de licitação pública, assegurando assim igualdade de condições a todos os concorrentes, estabelecendo obrigações, mantidas na proposta dos licitantes, nos termos da lei. Esta mesma exigência é reiterada especificamente para as concessões e permissões de serviço público, nos termos do Artigo 175 do mesmo dispositivo, o qual estabelece que serão *sempre* precedidas de licitação (MELO, 2011, p. 529).

A Lei Federal 8.987/95 também ressalta o dever da licitação em seu art. 14, elucidando que 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 critério objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

A modalidades de concessão e permissão são certamente as mais importantes formas prestação de serviço público.

A permissão em princípio, é ato unilateral revogável a qualquer tempo, sem natureza contratual. Decorre de um ato simples, discricionário, de delegação unilateral, caracterizado pelo seu caráter precário, utilizada normalmente, quando o permissionário não necessita alocar grandes capitais para o desempenho do serviço. Também é utilizada quando os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário são compensáveis seja pela rentabilidade do serviço, seja pelo curto prazo em que se realizaria a satisfação econômica (MELO, 2011, p. 803).

A permissão pode ser dividida entre simples e qualificada (ou condicionada). Torna-se qualificada, mediante estabelecimento de obrigações ao permissionário, em decorrência da continuidade da prestação do serviço – em virtude tanto de uma circunstância fática quanto de uma disposição contratual. Ou seja, pode-se qualificar a permissão mediante o estabelecimento de obrigação de investimento ou a fixação de prazo para a delegação. Na permissão qualificada em regra, exige-se respeito ao equilíbrio econômico financeiro. Ela, porém, segue sendo precária, ou seja, a possibilidade de rescisão contratual poderá ser suscitada a qualquer tempo, independentemente de indenização (JÚNIOR, 2014, p. 221).

No artigo 2º da lei 8.987/95, apresenta-se a seguinte definição para a concessão de serviço público:

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.

A concessão de serviços públicos decorre de um contrato administrativo formal, firmado após procedimento prévio de licitação, conforme prevê o artigo 22 da Lei nº 8.666/93, na modalidade de concorrência. Essa modalidade pode ser usada para qualquer valor de contratação quando o objeto a ser licitado é complexo e demanda uma análise mais criteriosa do administrador. No entanto, na concessão, há objetivo da delegação da execução de um serviço público ao particular, cujos gastos com o empreendimento serão compensados com os ganhos normais do negócio, mediante a cobrança de uma tarifa cobrada aos usuários do serviço a eles prestado.

Alguns doutrinadores utilizam um conceito mais restrito, ainda considerando a concessão apenas a delegação de poderes para prestação de serviço público. No direito brasileiro, predomina a teoria que considera a existência de três tipos de concessão. Assim, faz-se mister demonstrar a diferença entre a concessão comum, translativa e constitutiva.

Explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a concessão translativa importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro

e se adquire pelo segundo. Os direitos derivados dessa concessão são do próprio do Estado, porém transferidos ao concessionário. São dessa modalidade as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, estas últimas quando tiverem por objeto a prestação de serviço público (DI PIETRO, 2017, p. 335).

A concessão constitutiva, por sua vez, pode ser considerada aquela em que o Poder Público delega poderes ao concessionário a fim de utilizar ou explorar bem público. Entretanto, o poder público atribui poderes de forma inferior e quantidade menor aos que possui. Prevalece a ideia de hierarquia entre particular concessionário e Estado concedente, apresentando-se competências divergentes para cada sujeito.

A comum se vislumbra pela prestação que é transferida a um agente particular que se remunerará, via de regra, pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles públicos sobre ele.

Ainda sobre a concessão, observa-se que é possível, diante de previsão legal, deixar que o concessionário assuma uma responsabilidade maior, realizando a prestação “por sua conta e risco”. Esse é o caso da possibilidade de a concessão abranger ou não a execução prévia de uma obra pública para servir de suporte à prestação do serviço, conforme estabelece a Lei nº 8.987/95.

Ademais, todo ato da Administração Pública deve observar, além do interesse público, o princípio da legalidade, moralidade, igualdade, publicidade e impessoalidade. Portanto só poderá ser concedido o serviço público ao particular se houver lei que a autorize, apesar da Lei [8.987/95](#) não tratar da necessidade de uma lei autorizadora para a subcontratação pelos concessionários na realização de serviços. Essa é a questão se aponta como problemática neste texto, malgrado todos os argumentos postos a favor dos princípios da administração pública e salvaguarda dos interesses públicos.

O princípio da legalidade, que é uma das principais garantias de direitos individuais, previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, remete ao fato de a Administração Pública fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, diferentemente da esfera particular, onde é permitido a realização de tudo que a lei não proíba (MORAES, 2006, p. 81). Esse princípio ganha relevância pelo fato de garantir a segurança jurídica ao indivíduo, limitando o poder do Estado. Por isso, a necessidade de lei para realizar quaisquer transferências de prestação de serviço público para o particular advém da própria vinculação da Administração Pública ao instrumento legal.

O princípio da impessoalidade, conforme afirma Hely Lopes Meireles, impõe ao administrador a prática de atos em seu fim legal, tratando todos os administrados sem discriminações (MEIRELES, 2013, p. 82). A moralidade administrativa compreende-

se no dever do estrito cumprimento da legalidade, respeitando os princípios éticos de razoabilidade e justiça, uma vez que significa a observância de todos os preceitos que a informam, sem frustrar sua licitude e sem que ocorra desvio de finalidade da licitação. Ambos os princípios garantem que Administração Pública aja com respeito à isonomia, boa-fé e confiança perante o cidadão⁹.

Por esse motivo, a impossibilidade da transferência livre dos serviços públicos ao particular preserva o objeto licitado, coibindo práticas que possam frustrar o caráter competitivo da licitação, facilitando a responsabilização pelos riscos e prejuízos que poderão ser causados através da concessão.

Com o objetivo de fazer conhecidos os atos administrativos pela sociedade, o princípio da publicidade exprime a necessidade de os atos tornarem-se públicos, para conhecimento de todos, devendo haver transparência. Tal princípio se impõe para o acesso aos elementos do processo licitatório, divulgação dos editais, divulgação das decisões, entre outros, sendo tal princípio traduzido no art. 3º, § 3º da Lei 8.666/93 que dispõe que *a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura*.

Após discussões doutrinárias, o princípio da eficiência¹⁰ surge com o objetivo de zelar pela boa administração, atendendo aos anseios na sociedade, de modo legal, atingindo resultados positivos e satisfatórios, garantindo à sociedade uma real efetivação dos propósitos necessários, para que se possa exigir a qualidade dos produtos e serviços oriundos do Estado. Um dos resultados positivos referente à eficiência está relacionado à promoção da qualidade nos serviços para os cidadãos, tendo em vista que busca garantir o desenvolvimento satisfatório do objeto – oriundo da competitividade no procedimento licitatório.

Por fim, deve ser observado o princípio da igualdade na licitação para concessão e permissão do serviço público, a fim de favorecer a amplitude de participação por todos aqueles que tiverem interesse em contratar com a Administração Pública, efetivando-se os princípios da ordem econômica dantes tratados.

Assim, toda prestação de serviço público impõe prévia licitação, garantindo o efetivo cumprimento ao art. 3º da Lei 8.666/93, o qual prevê a proibição de cláusulas que frustrem ou restrinjam o caráter competitivo, que estabeleçam referências ou

⁹ Sobre a moralidade e a boa fé na Administração Pública, conferir GIACOMUZZI, Jose Guilherme, **Moralidade administrativa e boa-fé da administração pública**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁰ Esse princípio foi incluído no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa na Constituição Federal, com a promulgação da emenda constitucional n.º 19 de 4 de junho de 1998, alterando o art.º 37 da Constituição Federal.

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, destinando-se a coibir práticas atentatórias do direito dos cidadãos.

4. Subcontratação do serviço público e a sua inconstitucionalidade

4.1 Análise panorâmica do artigo 26 da Lei Federal nº 8.987/95

Como já supramencionado, a concessão e a permissão visam satisfazer as necessidades da sociedade através dos serviços públicos no exercício das suas atividades, direta ou indiretamente, sempre precedidas de licitação, respeitando requisitos dispostos na lei com o objetivo de garantir as condições do serviço prestado. A participação do particular deve se dar por contrato mediante prévio procedimento de licitação pública, levando em conta a livre concorrência com o intuito de assegurar os atributos dos concorrentes nos termos da lei, conforme o disposto no Artigo 175 da Constituição Federal de 1988, e no Artigo 5º do mesmo diploma, que estabelecem a essencialidade de licitação na prestação dos serviços públicos.

A demanda cada vez maior de comodidades e utilidades públicas por parte dos administrados e a constante assunção do Estado em relação às atividades anteriormente cabíveis aos particulares, aliada à falta de recursos públicos para atender a todos, tem tornado menos operantes os esforços diretos da Administração Pública para propiciar à coletividade bons serviços ou serviços adequados (GASPARINI, 2007 p. 310).

Para que essa manutenção da titularidade estatal do serviço público se materialize, não sendo meramente nominal, permanecendo ainda as características de serviço público, a Lei Federal nº 8.987/95 determinou a necessidade de licitação para os institutos da concessão e permissão. Permite-se apenas a transferência da execução de um serviço a um particular, que passa a prestá-lo sob normas e sob controle estatal.

No entanto, essa norma vem permitindo a prática do trespasse da titularidade e da execução desses serviços para terceiros estranhos à Administração, que não participaram das licitações. Assim, ao vencedor da licitação é possível transmitir a prestação do serviço a um terceiro, sob os riscos de não estarem em conformidade às exigências da Administração Pública.

A possibilidade de transferência se encontra registrada no artigo 26 da Lei Federal nº 8.987/95, que prevê, no seu *caput*, a permissão de transferência da concessão, desde que o poder concedente aprove esse ato, sem mencionar a necessidade cumulativa de quaisquer procedimentos licitatórios. Além disso, ratifica a necessi-

dade de anuência do poder público no caput do artigo 27 da própria lei, estabelecendo seus parágrafos os requisitos para tanto, sem qualquer exigência de um procedimento licitatório¹¹.

No entanto, para que haja essa subcontratação dos mesmos serviços licitados anteriormente, em razão das normas constitucionais e interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, seria necessária a realização de concorrência, ou seja, novo procedimento licitatório, para um maior controle da atividade do particular e garantia da efetivação dos direitos dos cidadãos.

A lei é expressa ao determinar a necessidade de concorrência em caso de subcontratação, mas admite a permissão da transferência da concessão mediante simples anuência do poder concedente. No entanto, prevê a exigência de um procedimento licitatório para contratação mediante a modalidade de concorrência está prevista no art. 26, parágrafo 1º da referida lei federal. Desde já se observa uma contradição entre o caput e um de seus parágrafos, ou quiçá uma infelicidade do legislador quanto a escrita do verbete normativo.

No parágrafo 2º do mesmo diploma, manifesta o referido dispositivo a determinação da transferência dos direitos e obrigações do contratado pela administração pública para o subconcessionário, dentro dos limites da subconcessão. Mais um equívoco, ou não, do legislador: o terceiro estranho teria direitos e deveres de uma relação de que não participou na formação, na sua origem, podendo levar à desconsideração dos direitos e garantias dos cidadãos ao realizar a prestação do serviço público. Em outras palavras, não haveria uma atuação responsável pelo terceiro estranho, posto que estaria muito mais preocupado quanto aos seus direitos econômicos, haja vista que por isso aceitou assumir o contrato original do concessionário.

Ademais, a própria transferência do concessionário para um terceiro demonstra que apenas participara do procedimento licitatório com o intuito de fruir valores monetários, sem quaisquer preocupações com a prestação eficiente e de qualidade dos serviços públicos e a sua manutenção.

Observa-se então, que a lei em questão se apresenta omissa sobre o instituto da subcontratação, constatando a inobservância dos princípios da livre concorrência

¹¹ Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

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: [\(Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005\)](#)

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 (Revogado). [\(Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

§ 3º (Revogado). [\(Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

§ 4º (Revogado).

e da livre iniciativa. A lei, sobretudo, demonstra negligência quanto à qualidade do objeto licitatório e segurança jurídica que esse subconcessionário apresentará no desempenho das suas atribuições para prestar um serviço público de eficiência e qualidade aos cidadãos.

Desta forma, a leitura taxativa da referida lei leva a compreensão de uma possível subcontratação com a mera anuência do poder concedente, deturpando o procedimento licitatório, deixando-o vulnerável e mais suscetível a fraudes.

4.2 A inconstitucionalidade da subcontratação na concessão e permissão diante da ordem econômica e dos princípios da administração pública

Ao se propor tratar da inconstitucionalidade da subcontratação, deve-se discutir a incidência das normas constitucionais sobre os art. 26 e 27 da Lei Federal nº 8.987/95, posto que se prevê a exigência de prévia licitação para a exploração de serviços através da concessão e permissão.

Ora, sendo o concessionário eleito por um procedimento licitatório, ao admitir-se a possibilidade de transferência da concessão mediante autorização do poder concedente significaria aprovação de uma transferência de prestação de serviço público que fere ao dispositivo constitucional e a aos princípios da licitação. Controvérsia que possibilita que terceiro que não logrou a almejada vitória assumo o contrato do ganhador do certame, ferindo assim o princípio da isonomia.

Cabe observar que, ao tratar da ordem econômica, o dispositivo 174 da Constituição Federal de 1988 dispõe que o Estado é o normativo e regulador da atividade econômica, que assegura a efetividade e a eficácia do serviço. Ademais, este verbete constitucional deve ser visto diante dos demais dispositivos que determinam que a atividade econômica tem como finalidade assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social observando os princípios, a fim de evitar a atuação de privilégios na gestão dos serviços públicos prestados.

Nessa situação excepcional, a necessidade da subcontratação surgirá no curso da execução contratual, à evidência, pois, de um fato superveniente à celebração, de sorte a garantir a viabilidade da execução do contrato administrativo mesmo ante a eventuais circunstâncias que impeçam a execução integral em que fora pactuado. É, portanto, providência de exceção, com base na realização de um objetivo (prestação do serviço público), haja vista que o interesse da Administração é pelo cumprimento do contrato na forma originalmente.

Por um lado, verifica-se que a necessidade de prévia licitação para a concessão de serviços públicos, visando sempre à proposta mais vantajosa e menos onerosa, assegura o bom uso do dinheiro público e a melhor prestação do serviço, tendo em vista que a cada poder distribuído corresponderá igual ou maior dever exercê-lo de forma eficiente. Sendo assim, esse serviço se orientará por um elenco de princípios,

dentre os quais figura o princípio da finalidade, de forma que sua atuação, em qualquer ato que lhe exteriorize a vontade, só pode ser licitamente praticado se destinado ao seu principal objetivo, representado pelo interesse público. Estaria aí a justificativa pela possibilidade de subcontratação ou subconcessão.

No entanto, o contrato de concessão é intuito *personae*, a contratação de terceiros desvirtua o contrato e fraudula o sentido da licitação. Não sendo prestado pelo concessionário vencedor do certame licitatório, pressupõem-se prejuízos que poderão ser apresentados no curso da execução contratual.

Dessa forma, ratifica-se a impossibilidade de uma possível subcontratação ainda que prevista em cláusulas contratuais. Resguardando o direito daqueles que participaram do certame e não saíram vitoriosos, e os princípios constitucionais da administração pública.

Em relação à legalidade, a referida lei é contrária aos dispositivos da lei que traz as normas gerais da licitação. Esta traz dispositivos que colaboram para preservar o interesse público e a contratação de particular que favoreça o fornecimento de um serviço ou obra de qualidade. Assim, se a exigência de licitação para contratação de particular não é realizada, viciada estará a subcontratação.

Em relação ao princípio da moralidade, a subcontratação é contrária a própria boa-fé que o cidadão tem perante a administração pública. Isto porque cabe a esta realizar os procedimentos necessários para manter a lisura da prestação de serviço por um particular, posto que este será pago com valores arrecadados dos cidadãos mediante a cobrança de tributos. Em outras palavras, deve haver transparência e respeito ao procedimento de licitação, evitando o abuso do poder pelo gestor público em caso de escolha de um particular para subcontratação mediante a anuência.

A moralidade se relaciona com a publicidade, haja vista que os atos da Administração Pública devem ser publicitados para fins de garantir a própria lisura do ato. Em outras palavras, para que os cidadãos possam realizar a fiscalização e controle de tais atos. Faz parte da atribuição de legitimidade ao ato da Administração Pública realizado pelo gestor com o intuito de favorecimento do interesse público.

No que toca ao princípio da igualdade, convém ressaltar que se não há licitação para a subcontratação, fere-se o referido princípio. Isto porque não se permite que outros sujeitos possam participar da licitação e oferecer um melhor serviço para salvaguardar o interesse público. Este princípio também se relaciona com a impessoalidade, afinal, ao estabelecer a licitação como obrigatória na subcontratação, impede-se o favorecimento de qualquer particular. São princípios que favorecem a livre iniciativa e a livre concorrência dentro do âmbito das licitações para maior satisfação dos interesses dos administrados.

Nesse tocante, vislumbra-se que todos os princípios destacados indicam a real necessidade de prévia licitação no que tange instituto da subcontratação. Deve-se coibir práticas que frustrem o caráter competitivo da licitação, posto que frustra a eficiência e a qualidade do serviço público prestado. Ademais, se realizada a licitação prévia à subcontratação, deve-se instituir meios de responsabilização do concessionário pelos prejuízos causados a terceiros ou usuários, em decorrência da execução desse serviço por um subconcessionário. Assim, ter-se-á maior segurança quanto a eficiência do serviço público prestado pelo particular subconcessionário com a possibilidade de se responsabilizar o particular concessionário por quaisquer danos ou má prestação do serviço.

5. Considerações finais

Diante do exposto, percebe-se que, com a prestação do serviço público por particulares, há necessidade de respeitar a titularidade do Estado, tendo em vista que o concessionário deve se responsabilizar por sua conta e risco, assumindo a execução da prestação, sendo responsabilizado pelos danos causados a terceiros e usuários. Deste modo, cabe ao Estado promover seus deveres consubstanciados nos direitos dos cidadãos, atuar em favor da promoção dos direitos e garantias fundamentais e sociais.

Levando-se em conta que a concessão deve ser precedida de licitação, pois a Administração Pública escolhe diante dos resultados do procedimento licitatório aquele que melhor atende às suas necessidades, respeitando o princípio da legalidade. Diante disto, deve ser observado o princípio da igualdade na licitação para concessão do serviço público a fim de favorecer a amplitude de participação por todos aqueles que tiverem interesse em contratar com a Administração Pública. Ademais, observa-se o respeito à moralidade, à impessoalidade e à publicidade diante da realização do procedimento licitatório.

Mas não é só: os princípios da ordem econômica referentes à livre iniciativa e à livre concorrência também são valorizados mediante a realização da licitação, que permite que os particulares possam exercer suas atividades da melhor forma e oferece-las à administração pública e, conseqüentemente, aos cidadãos.

Como o concedente possui, permanentemente, total disponibilidade sobre o serviço transferido ao concessionário, há que ressaltar que é titular de um conjunto de poderes, quais sejam: poder de inspeção e fiscalização. Desta forma, a alteração unilateral das cláusulas regulamentares pode extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente pactuado. Então, se o concessionário não está conseguindo realizar a prestação satisfatória, não lhe caberia contratar um subconcessionário, mas sim extinguir o contrato, evitando-se perdas financeiras para a Administração Pública e para o particular concessionário.

A subcontratação sem prévia licitação pode implicar contratos de longa duração para cujo cumprimento do objeto não apresenta a segurança jurídica antes firmada no procedimento licitatório com a conclusão da assinatura de um contrato. Afigura-se razoável contar com alternativas que ajudem a superar, satisfatória e agilmente, as eventuais controvérsias, surgidas no percurso, como uma nova abertura do procedimento licitatório, a fim de que as partes concorram oferecendo melhor proposta técnica e operacional. Seria o caso de extinguir o contrato e realizar nova licitação para contratação de novo concessionário ou de realizar uma licitação para contratação de subconcessionário.

Destarte, resta comprovado que a subcontratação dos serviços prestados por particulares sem prévia licitação poderá ferir o processo administrativo licitatório, servindo como instrumento que possibilita fraudes na licitação, bem como prejudica a efetivação e cumprimento das obrigações contratuais objeto do certame. Deve-se, assim, ser avaliado como impedimento para o domínio da atividade administrativa, prejudicando, ainda, os interesses sociais atrelados à finalidade da licitação, ferindo a segurança jurídica da relação entre o concessionário e o concedente, os princípios constitucionais da administração pública e da ordem econômica.

6. Referências bibliográficas

- BRITO, Edvaldo. Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CANCIAN, Renato. Estado do bem-estar social: História e crise do welfare state: Disponível em: < http://www.aedmoodle.ufpa.br/plugin-file.php?file=%2F155380%2Fmod_resource%2Fcontent%2F1%2FHist%C3%B3ria%20e%20crise%20do%20Estado%20de%20Bem-Estar%20Social.pdf .> Acesso em: 12 set. 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 11ª ed. São Paulo: Forence, 2017.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. 5ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17º. ed. atualizada por Fabrício Motta, São Paulo: Saraiva, 2012.
- GIACOMUZZI, Jose Guilherme, Moralidade administrativa e boa-fé da administração pública. 2ª ED, São Paulo: Malheiros, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

- GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Formas de prestação de serviços públicos. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/85/edicao-1/formas-de-prestacao-de-servicos-publicos> > Acesso em: 12 set. 2017.
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito administrativo. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.
- MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33ª. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo, 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas 2006.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito Constitucional econômico. São Paulo: LTr. 2001.
- SINGER, Paul. Curso de introdução à economia política. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1982.