



CÂMARA DOS DEPUTADOS
ADVOCACIA

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN, DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

REFERÊNCIA: ADI N. 6.785

○ **PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**,
representado pelo Advogado da Câmara dos Deputados, titular de mandato *ex lege*, nos termos do art. 3º, inciso II, alíneas “a” e “b”, da Resolução n. 23, de 13 de julho de 2021¹, vem, perante Vossa Excelência, com fulcro no art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 9.868/1999, apresentar

INFORMAÇÕES EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

apresentada pela Procuradoria-Geral da República, em atenção ao Ofício n. 32/2022 desse Supremo Tribunal Federal, recebido nesta Casa no dia 2/2/2022.

¹ Art. 3º São atribuições do Advogado da Câmara dos Deputados: [...] II - representar judicialmente, em qualquer juízo ou instância: [...] a) a Câmara dos Deputados, quando determinado pelo Presidente ou pela Mesa; b) o Presidente da Câmara dos Deputados, em matéria relacionada ao exercício do cargo;



ADI N. 6.785

REQTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO: CONGRESSO NACIONAL

I – OBJETO E SÍNTESE DA INICIAL

2. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 3º, VI e parágrafo único, e os arts. 5º-A e 5º-B da Lei 12.869, de 15.10.2013, estes últimos acrescentados pela Lei 13.177, de 22.10.2015, que dispõem sobre o regime de permissão dos serviços lotéricos.

3. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Art. 3º Os editais de licitação e os contratos firmados pela outorgante com os permissionários referidos no caput do art. 1º observarão, obrigatoriamente, as seguintes diretrizes operacionais e critérios de remuneração:

(...)

VI – os contratos de permissão serão firmados pelo prazo de 20 (vinte) anos, com renovação automática por idêntico período, ressalvadas a rescisão ou a declaração de caducidade fundada em comprovado descumprimento das cláusulas contratuais, ou a extinção, nas situações previstas em lei.

Parágrafo único. Em caso de permissão de serviços lotéricos, o prazo de renovação referido no inciso VI deste artigo contar-se-á a partir do término do prazo de permissão, independentemente do termo inicial desta.

(...).

Art. 5º-A. São válidas as outorgas de permissão lotérica e seus aditivos contratuais celebrados até 15 de outubro de 2013 perante a Caixa Econômica Federal, por meio de termos de responsabilidade e compromisso, que concederam prazo de permissão adicional de duzentos e quarenta meses, aos quais serão aplicadas as renovações automáticas previstas no inciso VI e parágrafo único do art. 3º.



Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput quando tiver havido rescisão contratual por comprovado descumprimento das cláusulas contratuais pelo permissionário lotérico.

Art. 5º-B. Aplica-se a renovação automática prevista no art. 5º-A às demais permissões lotéricas celebradas até a data de publicação desta Lei após a data final de vigência, inclusive quando decorrente de renovação automática prevista no respectivo contrato.

4. O *Parquet* alega que os citados dispositivos legais violam o art. 37, *caput*, e XXI (princípios da impessoalidade, da moralidade e da exigibilidade de licitação para contratação com a administração pública), e 175, parágrafo único, I (caráter especial dos contratos de concessão e permissão e de sua prorrogação), todos da Constituição Federal.

5. Sustenta-se ainda que a Constituição Federal prevê a exigência de prévio procedimento licitatório para concessão e permissão de serviços públicos, com vistas a conferir concretude ao princípio da isonomia, uma vez que confere aos interessados iguais condições de competição e propicia a escolha da proposta mais econômica para o usuário do serviço público.

6. Aduz também que o art. 37, XXI, da Constituição, é taxativo ao estabelecer que, ressalvados os casos especificados em lei, serviços públicos prestados por particulares serão contratados mediante processo de licitação que garanta igualdade de condições a todos os concorrentes.

7. Afirma ainda que a Lei 13.177/2015, ao alterar a Lei 12.869/2013 teria legalizado as prorrogações de contratos lotéricos firmados sem licitação, em suposta contrariedade aos arts. 175 e 37, *caput* e XXI, da Constituição Federal.

8. Ao final, requereu o julgamento procedente do pedido para:

(i) conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VI e parágrafo único, da Lei 12.869/2013, a fim de se reconhecer que as renovações contratuais ali mencionadas só são autorizadas às permissões lotéricas que tiverem sido precedidas de licitação; e (ii) declarar a inconstitucionalidade dos arts. 5º-A e 5º-B da mesma norma, acrescidos pela Lei 13.177/2015.



IV – MÉRITO

9. Consoante relatado, a autoridade requerente sustenta suposta violação da obrigatoriedade de licitação para permissão de serviços lotéricos.

10. Sem razão, contudo, como se verá.

4.1 Serviços lotéricos - da inexistência de serviço público *stricto sensu* – descabimento de violação aos arts. 37, XXI e 175 da Constituição Federal

11. **Marcelo Caetano** define serviço público como “*modo de atuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida*”.²

12. Partindo dessa definição, é possível concluir que o serviço lotérico não se trata de um serviço público *stricto sensu*. Isso porque o serviço de loterias não é uma atividade própria da Administração, mas uma atividade econômica de interesse, em primeiro plano, particular, mas que “*não pode ser exercida legitimamente sem o consentimento do Estado*”.³

13. As lições de **Daniel Sarmiento Leite**, nada obstante discorrerem sobre os serviços de táxi, são plenamente aplicáveis aos serviços lotéricos:

A evolução legislativa evidencia que, ao tratar do transporte público individual de passageiros, o legislador mirou os serviços de táxi. Mas demonstra, também, que, até pela nova ótica do legislador, o serviço de táxi não configura propriamente serviço público, mas sim serviço de utilidade pública, que são institutos diferentes. O serviço público, como visto, é titularizado pelo Estado, mas pode ser eventualmente prestado por particulares, mediante concessão ou permissão, sempre precedidas de licitação pública, nos termos do art. 175 da Constituição. Já o serviço de utilidade pública se enquadra no campo da atividade

² CAETANO, Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. Lisboa: Coimbra, 1973, p. 1043.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 140.



econômica, mas se sujeita a intensa regulação e fiscalização estatal, em razão do interesse público inerente à sua prestação.⁴

14. Essa linha argumentativa, segundo a qual não são considerados serviços públicos *stricto sensu* as atividades que não sejam consideradas próprias da Administração, não essenciais, embora de reconhecido interesse coletivo, não é desconhecida por essa c. Corte Constitucional.

15. Colhe-se do parecer do saudoso Procurador-Geral da República da época, professor **Geraldo Brindeiro**, nos autos do RE 359.444/RJ:

13. Quanto a alegação de violação ao art. 175 da Constituição Federal, não nos parece exigível o procedimento licitatório para a concessão de permissões aos taxistas, uma vez que o serviço de transporte executado por veículos de aluguel a taxímetro **não se constitui atividade própria da Administração**, nem pede especialização na sua prestação ao público.

14 . **Apesar do nonem juris de permissão para o exercício da atividade, trata-se, na verdade, de autorização de serviço público. A Administração para autorizar a prestação de um serviço público não essencial, mas de interesse coletivo, como é o caso dos táxis, pode dispensar a licitação, uma vez que a Constituição Federal somente exige procedimento licitatório para a delegação de serviços públicos a particulares quando sob o regime da permissão e concessão.**

(...)

16. O recorrente alega, ainda, a violação do Princípio da Isonomia (art. 5º da CF/88) que, ao nosso sentir, somente teria sido violado se houvesse obrigatoriedade de licitação para a concessão das permissões aos taxistas.

17. Da mesma forma, também não nos parece violado o Princípio da Impessoalidade (art. 37 da Carta da República). Este 'princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento' (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 12º ed., São Paulo: Atlas, 2000, p.71). Ao conceder a autorização aos auxiliares de taxistas do Rio de Janeiro, não entendemos que a

⁴ SARMENTO, Daniel. Ordem **Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros**: O "caso Uber". Rio de Janeiro: 2016, p. 27.



lei tenha privilegiado arbitrariamente este grupo determinado de pessoas, o Administrador, no uso do poder discricionário inerente ao ato, determinou, segundo critérios estabelecidos, quais pessoas seriam beneficiadas. [grifo nosso]

16. Fixada essa premissa, tecnicamente, é forçoso concluir que, na hipótese, não se está diante de uma típica permissão pública, mas de uma atividade econômica submetida ao poder de polícia do Estado.

17. Não é por outra razão que o serviço lotérico, tendo em vista a regra geral da proibição dos jogos de azar no país, submete-se a um rigoroso controle estatal.

18. Assim, ultrapassada a arcaica teoria formalista, tem-se que, independentemente do *nomen juris* ou terminologia presente na legislação de regência dos serviços lotéricos, no caso, trata-se de autorização, ato administrativo por meio do qual a Administração aquiesce que o particular exerça atividade no seu próprio interesse, o que encontra guarida nos art. 21, XI e XII, da Constituição Federal.

19. Veja-se, por oportuno, a lição de **Hely Lopes Meirelles**, *in verbis*:

Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão, em que, satisfeitas as prescrições legais, fica a Administração obrigada a licenciar ou a admitir.⁵

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 188.



20. Ainda sobre autorização, ensina **Helly Lopes Meirelles**:

O Poder Público, para certas atividades ou para a prática de certos atos previstos em lei, dá autorização ao particular para exercê-las ou praticar os atos. É o que ocorre com os serviços de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta dos moradores, de guarda particular de estabelecimentos ou residências, nos quais, embora não caracterizem atividade pública típica, convém que o Poder Público conheça e credencie seus executores e sobre eles exerça o necessário controle no seu relacionamento com o público e com os órgãos administrativos a que se vinculam em razão das respectivas atividades.⁶

21. Do exposto, descabida a alegação de violação dos arts. 37, XXI, e 175 da Constituição Federal.

22. A uma, porque o art. 175 e seu diploma legislativo regulador, Lei n. 8.987/95, destacam a exigência de precedente licitação apenas para serviços públicos passíveis de permissão e concessão, não havendo qualquer exigência do procedimento licitatório para fins de autorização.

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**.” [grifo nosso]

23. Em reforço, a demonstrar que serviços de utilidade pública, sem natureza de serviço público *stricto sensu*, sujeitam-se a mera autorização, não havendo exigência prévia de licitação ou qualquer violação aos arts. 37, XXI e 175 da Constituição Federal, colhem-se os seguintes julgados, *in verbis*:⁷

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 446.

⁷ Vide ainda o RE 774052/SP, Min. DIAS TOFFOLI.



AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. TÁXIS. SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESPROVIMENTO. 1. O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 359.444, reconheceu a desnecessidade de submissão a procedimento licitatório para autorização da exploração da atividade de transporte individual de passageiros. 2. In casu, o Tribunal de origem dissentiu da orientação firmada na jurisprudência desta Corte, segundo a qual **não há falar em violação ao disposto no art. 175 da Constituição Federal**, uma vez que a exploração de transporte individual de passageiros não se encaixa na modalidade de serviço público, **mas tão somente de “serviço de utilidade pública”**. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 967479 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 06-05-2019 PUBLIC 07-05-2019) [grifo nosso]

Agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual. 3. Serviço de transporte individual de passageiro. Táxis. Prorrogação das atuais autorizações ou permissões que estiverem com o prazo vencido, ou em vigor por prazo indeterminado, por 15 anos, admitida prorrogação por igual período. 4. **Serviço de utilidade pública prestado por particular. Não caracterização como serviço público.** 5. **Inaplicabilidade do art. 175 ou do art. 37, XXI, da Constituição Federal.** Inexigibilidade de licitação. 6. **Necessidade de mera autorização do Poder Público para a prestação do serviço pelo particular.** Competência do Município para estabelecer os requisitos autorizadores da exploração da atividade econômica. 7. Precedente do Plenário desta Corte: RE 359.444. Inteligência do art. 12-A da Lei 12.587/2012, com a redação dada pela Lei 12.865/2013. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 1002310 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-08-2017 PUBLIC 03-08-2017) [grifo nosso]

24. Vale destacar o voto do em. Ministro **Gilmar Mendes** no RE 1002310:

Sublinhe-se que a prestação de serviço público pelo particular pressupõe a descentralização da prestação de serviço típico estatal, por meio da transferência de sua execução a pessoas da iniciativa privada mediante atos ou contratos administrativos. Essa previsão não se confunde com aquela disposta no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que exige a observância do



procedimento licitatório pela Administração Pública quando, exercendo diretamente atividade estatal típica, necessita contratar obras, serviços, compras ou realizar alienações.

Não se nega que a previsão contida no art. 175 e aquela prevista no art. 37, XXI, da Constituição têm por escopo materializar, nos atos do Estado, os princípios da moralidade e da impessoalidade, pela garantia de igualdade de chances a todos aqueles que possuam interesse em contratar com a Administração Pública. Não obstante, a ausência de impugnação ao art. 37, XXI, da Constituição não faz remanescer argumento capaz de manter o acórdão recorrido, tendo em vista que o caso dos autos diz respeito à prestação de serviço por particular, e não diretamente pela própria Administração, motivo pelo qual sequer incide, ao caso, o dispositivo indicado. Ademais, diante do entendimento desta Corte – acima esposado –, não se sustenta a premissa adotada pelo acórdão recorrido, no sentido de que o serviço de táxis inclui-se na categoria de serviço público, o que demandaria a observância do procedimento licitatório, previsto no art. 175 da Constituição. Isso porque, conforme exaustivamente demonstrado, o serviço de táxis é serviço de utilidade pública, prestado no interesse exclusivo do seu titular, mediante autorização do Poder Público. Como já demonstrado pela decisão ora agravada, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 359.444, Rel. Min. Carlos Veloso, redator para o acórdão Min. Marco Aurélio, Pleno, Dj 28.5.2004, ao analisar a constitucionalidade da Lei 3.123/2000 do Município do Rio de Janeiro/RJ – que transformou os motoristas auxiliares de veículos de aluguel a taxímetro em permissionários autônomos, sem a observância de procedimento licitatório –, firmou entendimento no sentido de que não se aplica o art. 175 da Constituição ao serviço de transporte individual de passageiros, tendo em vista não se tratar de serviço que constitua atividade própria da Administração Pública. Afastou-se, nessa esteira, a exigibilidade de procedimento licitatório para a concessão de permissões a taxistas para a prestação do serviço de interesse coletivo. Sublinhou-se, ademais, que o instrumento adequado para a prestação do serviço de transporte individual de passageiros é a simples autorização, a qual, como se sabe, é instrumento precário, que prescinde de licitação. Confira-se, a propósito, trecho do voto do relator, que explicitou bem a questão: “No que concerne à alegação de ofensa ao art. 175 da CF - princípio da licitação – convenceram-me os votos do Ministro Nelson Jobim e Pertence, quando do julgamento da cautelar (acórdão às fls. 275-328), no sentido de que há, aqui, simples autorização ao invés de permissão, certo que a autorização não exige licitação. Também não há falar em ofensa aos princípios da isonomia e da impessoalidade (CF, arts. 5º e 37). É que a autorização, que deve ser pessoal e intransferível e que não exige licitação, assenta-se na discricionariedade administrativa”. Assim, o acórdão recorrido, ao afirmar que “a concessão ou delegação de atividade pública, como é o serviço de táxi, somente pode ser

realizado por meio de licitação sob pena de infringência aos princípios da moralidade e igualdade” (eDOC 0, p. 108-109, g.n.), destoa do entendimento firmado por esta Corte, no sentido de que o serviço de transporte individual de passageiro não se caracteriza como serviço público e, portanto, não se subordina ao art. 175 da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 137 da Constituição do Estado de Santa Catarina, afastando, por consequência, a exigência de licitação para sua concessão. Ressalte-se, em acréscimo, que a Lei federal 12.587/2012, promulgada em data posterior ao acórdão proferido pelo Tribunal a quo, traz disposições que reafirmam a interpretação conferida à Constituição Federal quanto a aplicação do art. 175 ao serviço de táxi, extirpando do ordenamento jurídico qualquer dúvida existente quanto a matéria, ao dispor, em seus arts. 12 e 12-A (redação dada pela Lei 12.865/2013), que o referido serviço caracteriza-se como de utilidade pública. Confira-se a redação dos dispositivos mencionados: “Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local”. (...) Nesses termos, tratando-se o serviço de táxis de serviço de utilidade pública, cuja exploração pelo particular é autorizada pelo Poder Público, cabe à Municipalidade estabelecer os requisitos autorizadores da exploração da atividade econômica de utilidade pública, bem como o modo de escolha do procedimento autorizador do serviço.

25. Desse modo, não se tratando de serviço público *stricto sensu*, o serviço lotérico, sob a óptica constitucional, não careceria de licitação prévia, mas manifestação administrativa com natureza jurídica de autorização, razão pela qual não há ofensa ao art. 175 da Constituição.

26. De igual modo, não se pode cogitar qualquer ofensa ao art. 37, XXI, da CF, na medida em que a exigência licitatória desse preceito está referida a “serviços públicos”, situação diversa da ora apresentada.

27. Não se desconhece que, quando do julgamento da ADI n. 3.050, argumentou-se que a atividade lotérica seria serviço público. Ocorre que o objeto da ação concentrada era apreciar a **competência dos Estados para legislar**

sobre os serviços de loteria, razão pela qual se entende que a natureza jurídica dos serviços de loteria não restou suficientemente sedimentada, muito menos para justificar eventual eficácia vinculante ou efeito *erga omnes* dos *obiter dicta*.

28. E, assim sendo, a matéria merece ser revisitada, considerando que, no presente debate, reflete-se sobre a obrigatoriedade de observância do princípio da licitação.

4.2 Do descabimento da alegação de ofensa ao princípio da licitação, da isonomia, da impessoalidade e da moralidade – colisão de princípios

29. De todo modo, ainda que não fosse mandatório, sob a perspectiva constitucional, o estabelecimento de procedimento licitatório, o legislador, a partir da edição da Lei n. 12.869, de 15 de outubro de 2013, prestigiando os princípios constitucionais da licitação e da isonomia, optou por obrigar que o serviço lotérico fosse licitado.

30. Todavia, como cediço, anteriormente à edição da Lei n. 12.863/2013, diversos particulares já detinham, há muitos anos, a autorização para explorar os serviços lotéricos.

31. Sensível a essa situação fática consolidada, o Congresso Nacional editou a Lei n. 13.177, de 22 de outubro de 2015, de forma a estabelecer necessárias **regras de transição**, valendo destacar que é notório que essas autorizações para prestação de serviços lotéricos sempre tiveram um papel social relevante, tendo em vista que são meios de subsistência para milhares de famílias de empreendedores e empregados.

32. Nesse contexto, a legislação, alvo de impugnação, não só assegura a observância dos princípios da segurança jurídica, da supremacia do interesse público e da dignidade da pessoa humana, como também não colide com o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que faculta ao legislador criar



hipóteses em que a licitação pode ser dispensada. Esse é exatamente o caso em tela.

33. Observe-se, por oportuno, que não há princípios absolutos na ordem constitucional vigente. Por isso mesmo, o art. 37, XXI, da Constituição Federal, ressalva o dever de licitar nas situações escolhidas pelo legislador. Trata-se, portanto, de livre espaço de atuação do Poder Legislativo, albergado pela harmonia das funções estatais lançada no art. 2º da Carta Magna, conforme elucida a doutrina, *in verbis*:

Conforme esse princípio, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Trata-se, pois, de um conceito que tem por base a ideia de limitação, baseada na fórmula clássica de Montesquieu segundo a qual o poder deve frear o poder. Resultado: quaisquer tentativas no sentido de instaurar instâncias hegemônicas de poder padecerão do vício de inconstitucionalidade, pois o escopo do constituinte foi claro: neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional por parte dos Poderes da República. O pórtico em análise funciona como parâmetro de observância indispensável à exegese de normas constitucionais, sendo uma das vigas-mestras da Constituição de 1988⁸.

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados⁹. [grifo nosso]

34. Exatamente em razão disso, a Lei de Licitações e Contratos, por exemplo, contempla hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, não se podendo advogar que tais possibilidades maculam o art. 37, XXI da Constituição Federal. Os mesmos fundamentos aqui se aplicam, visto que o legislador elegeu outra situação de desnecessidade de licitação, qual seja, a continuidade de

⁸BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo:Saraiva, p. 517.

⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, p. 110.



permissão de serviços lotéricos outrora autorizados. E mais, não o fez a esmo, mas com o objetivo de prestigiar a segurança jurídica e a dignidade dos envolvidos.

35. Em verdade, a norma combatida adotou critérios transparentes e igualitários na manutenção e prorrogação das autorizações dos serviços de loterias, não havendo falar em violação dos princípios da isonomia, impessoalidade e da moralidade.

36. Com efeito, a norma vergastada foi impessoal e isonômica, ao tratar de maneira uniforme todos aqueles que se encontravam em uma mesma situação fático-jurídica.

37. Ultrapassados os argumentos expendidos até aqui, poder-se-ia, no caso concreto em apreço, argumentar a existência de possível conflito dos princípios fundamentais da licitação e isonomia com os princípios da segurança jurídica, da supremacia do interesse público e da dignidade da pessoa humana.

38. No que concerne a esse tipo de colisão, deve-se aclarar, nos termos da moderna doutrina constitucional pós-positivista, que ela não se resolve pela exclusão ou invalidação de um dos princípios, mas com a preponderância, uma dimensão de peso maior, de um sobre o outro, uma vez que tais vetores interpretativos continuarão a atuar conjuntamente no caso concreto.

39. A propósito de tal tema, colhe-se a seguinte lição:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior

peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso¹⁰.

40. A propósito do conflito de princípios, deve-se usar a ponderação de molde a encontrar a melhor solução para o litígio, nos seguintes termos:

Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

(...)

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados...¹¹ [grifo nosso]

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-94

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.250-251.



41. Dito isso, deve-se afirmar que a finalidade da alteração da Lei 12.869/2013, efetivada pela Lei 13.177/2015, foi, aclarando parágrafo único do art. 3º do citado diploma legal, regularizar e prorrogar autorizações de serviços lotéricos já plenamente consolidadas pelo decurso do tempo, de maneira a permitir as prorrogações de permissões lotéricas cujos aditivos ao termo de responsabilidade e compromisso foram celebrados em 1999, tudo em atenção à segurança jurídica e à dignidade de centenas de milhares de empreendedores e trabalhadores.

42. Analisa-se, pois, os subprincípios de proporcionalidade.

43. No tocante à adequação, não há dificuldades em se perceber que simplesmente afastar do serviço lotérico milhares de pessoas, que há décadas retiram seu sustento de tais atividades, é impensável. Daí a proteção às situações já consolidadas ser um meio hábil para se atingir a finalidade de preservar a segurança jurídica e a dignidade dos envolvidos.

44. No que concerne à necessidade, de todas as alternativas hábeis a alcançarem o mesmo objetivo, a escolha legislativa é a menos onerosa.

45. Por fim, no que tange à proporcionalidade *stricto sensu*, deve-se admitir que a norma, no caso concreto, proporciona mais benefícios que prejuízos.

46. De fato, poder-se-ia admitir que a norma combatida flexibiliza o princípio licitatório, mas essa é uma restrição muito pequena em face dos benefícios alcançados. Afinal, repita-se: serão centenas de milhares de pessoas beneficiadas.

47. Dimensionada a questão sob tal óptica, conclui-se **inexistir qualquer vulneração dos princípios da licitação e isonomia**, quando muito, há apenas conflito entre tais princípios e os princípios da segurança jurídica, da supremacia do interesse público e da dignidade da pessoa humana, a qual se erige como princípio otimizado, com maior peso, em face dos objetivos que se almeja prestigiar dentro do caso concreto.



V – CONCLUSÃO

48. Diante de todo o exposto, requer-se seja julgada improcedente a ação em testilha, para, respeitando as deliberações do Poder Legislativo e o princípio da separação dos poderes, art. 2º da Constituição Federal, reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, VI e parágrafo único, e os arts. 5º-A e 5º-B da Lei 12.869, de 15.10.2013, estes últimos acrescentados pela Lei 13.177, de 22.10.2015.

Termos em que pede deferimento.

Brasília, 17 de março de 2022.

Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Advogado da Câmara dos Deputados
OAB/DF 47.467