

Podere​s neutrais e teoria da
captura: veda​ção aos servidores de
agências reguladoras do exercício
de outra atividade profissional

*Neutered powers and capture
theory: prohibition on regulatory
agency employees from engaging
in other professional activities*

Supremo Tribunal Federal (STF)

Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.033 Distrito Federal

Voto:

O senhor ministro Luís Roberto Barroso (relator):

1. Registro, inicialmente, que a presente ação direta está apta para ser julgada em definitivo, na medida em que o contraditório formal está aperfeiçoado e foram colhidas manifestações das partes envolvidas, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República. Assim, por imperativo de celeridade processual, o Plenário desta Corte tem defendido, reiteradamente, ser tão oportuno quanto adequado emitir pronunciamento

jurisdicional conclusivo. Destaco, dentre diversos precedentes, os seguintes: ADI 5.566, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 5.253, Rel. Min. Dias Toffoli; e ADPF 190, Rel. Min. Edson Fachin.

I. Questões preliminares

2. O Senado Federal, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República suscitaram, em suma, três questões preliminares, a saber: (i) ilegitimidade ativa da autora, por ausência de pertinência temática; (ii) ofensa reflexa à Constituição, pois seria necessário aferir a compatibilidade de preceitos legais com atos normativos infralegais e com a jurisprudência administrativa do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal — SIPEC; e (iii) descabimento da presente ação direta pela não impugnação de todo o completo normativo referente à vedação de gestão empresarial pelos servidores públicos das agências. Essas preliminares, todavia, devem ser rejeitadas.

3. Em primeiro lugar, pontuo que a UNAREG é parte legítima para propor ação direta contra dispositivos legais que afetam exclusivamente servidores ocupantes de cargos efetivos das agências reguladoras. As normas impugnadas nesta ação direta tratam de proibições pertinentes ao regime jurídico dos servidores dessas autarquias federais, de modo que a legitimidade ativa da UNAREG é inquestionável, não se tratando, como defende o Senado Federal, de “lei que versa sobre o interesse público primário dos cidadãos de toda a federação e dos interesses secundários da União”, a atrair apenas o cabimento de ações propostas por legitimados universais.

4. Em segundo lugar, não há que se falar em ofensa reflexa à Constituição. De fato, a autora contrapõe, na inicial, determinados pareceres normativos de órgãos de pessoal da União Federal, e pretende suplantar esses entendimentos por meio de interpretação ampla do poder normativo das agências reguladoras. Nada obstante, o cerne da causa de pedir diz respeito ao alegado confronto entre liberdade profissional e vedações legais ao exercício de determinadas atividades empresariais e partidárias pelos servidores autárquicos. Cuida-se de matéria constitucional, a qual, inclusive, vem sendo reiteradamente decidida nesta Suprema Corte, como será demonstrado a seguir.

5. Por fim, afasto também a preliminar de descabimento da ação direta por ausência de impugnação da íntegra do complexo normativo. O art. 117, X, da Lei nº 8.112/1990, é aplicável aos servidores das agências reguladoras.

A irresignação da autora não se dirige às regras gerais previstas no Estatuto Geral dos Servidores Públicos da União Federal, mas sim às normas mais rígidas impostas somente aos ocupantes de cargos efetivos nas autarquias regulatórias.

6. De modo que rejeito as preliminares supracitadas e conheço da ação direta de inconstitucionalidade.

II. Mérito

7. O pedido deve ser julgado improcedente, na medida em que as vedações legais são legítimas, razoáveis e proporcionais, não comportando censura por esta Corte.

8. A Constituição Federal de 1988 estabelece que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XVIII). O art. 37, I, da CF/1988, por sua vez, estipula a acessibilidade aos cargos públicos aos brasileiros que preencham os requisitos previstos em lei. O art. 39, *caput*, da CF/1988, prevê que os entes federados instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e fundações públicas.

9. Percebe-se, por conseguinte, que o constituinte delegou ao legislador ordinário competência para: (i) especificar as restrições profissionais ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; (ii) regular os requisitos de acesso aos cargos públicos; e (iii) dispor sobre o regime jurídico e planos de carreira dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos.

10. Com efeito, se se admite até mesmo a regulação de profissões privadas pelo Congresso Nacional, é evidente que a natureza estatutária da relação jurídica que interliga os titulares de cargos públicos e o Poder Público confere ao Estado margem mais ampla de imposição de proibições e vedações ao livre exercício de atividades empresariais e partidárias. Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, o Estado, ressalvadas disposições constitucionais proibitivas, “deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso”.¹

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 2005, p. 235.

11. Nesse sentido, é absolutamente corriqueiro — e desejável — que o legislador recorra a estatutos jurídicos distintos para as carreiras públicas, a depender das suas peculiaridades, com o estabelecimento de diferentes regimes de trabalho, deveres, impedimentos e incompatibilidades, entre outros aspectos da vida funcional dos ocupantes de cargos públicos. No que tange especificamente ao rol de proibições de atividades privadas, cite-se o ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Os estatutos costumam submeter o servidor público a um rol de proibições diversas, denominadas impedimentos e incompatibilidades funcionais. Essas proibições dizem respeito, principalmente, às atividades lucrativas que possam ter os servidores fora de serviço ou paralelamente a ele. Assim é que lhes pode ser vedado o exercício do comércio, a direção de empresas, a contratação com a Administração a que sirvam ou com os demais entes administrativos, as atividades de caráter eleitoral, o emprego privado (de modo absoluto ou relativamente a certas empresas), a prática de usura, o exercício de certas atividades lucrativas que se considerem incompatíveis com as obrigações de decoro e dignidade exigidas pelo serviço público, em geral, ou por determinado cargo ou função, a advocacia (incompatibilidade ou impedimento) e outras vedações mais, sempre que expressas em lei.

Interesse é observar, a este respeito, que, por serem legais, os impedimentos e incompatibilidades podem ser alterados ou impostos a qualquer tempo, não havendo direito adquirido à existência ou permanência de uma determinada situação, embora a lei costume fazer ressalvas por equidade, notadamente quando se trate de exercício das profissões legalmente regulamentadas.²

12. A criação de regimes de trabalho especiais e de proibições funcionais mais intensas a determinadas categorias de servidores públicos insere-se na liberdade de conformação do Parlamento, à luz do princípio democrático e das regras inscritas nos arts. 5º, XVIII; 37, I; e 39, *caput*, da CF/1988. Note-se que o regime de dedicação exclusiva questionado pela autora não é inédito. Ele foi adotado, por exemplo, no Magistério Superior, pela Lei nº 12.772/2012, que estabelece dois regimes de trabalho: (i) 40 (quarenta) horas semanais de trabalho, em tempo integral, com dedicação exclusiva às atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão institucional; ou (ii) tempo parcial de 20 (vinte) horas semanais de trabalho. Desse modo, cabe às Casas Legislativas apreciar os atributos especiais dos órgãos e entidades administrativas e fixar, de forma materialmente isonômica, as regras que incidirão sobre seus servidores.

² Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, 2005, p. 321.

13. As agências reguladoras independentes são autarquias de regime especial, caracterizadas por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira. Esse regime especial foi concebido para lhes assegurar independência e isenção no desempenho de suas funções normativas, fiscalizatórias e sancionatórias. Ao dissertar sobre a teoria dos poderes neutrais, Alexandre Santos de Aragão assim explicita as singularidades definidoras dos órgãos estatais com autonomia reforçada, fora do círculo político-eleitoral:

O que há de comum a todos estes órgãos, que, sem dúvida possuem escala de autonomia variável, é o (1) caráter não eletivo do provimento de seus titulares, (2) a natureza preponderantemente técnica das suas funções e (3) a independência, ou seja, a ausência de subordinação hierárquica aos poderes políticos eletivos do Estado, como forma de propiciar (4) o exercício imparcial das suas funções em relação aos diversos interesses particulares que estiverem em jogo, aos interesses do próprio Estado do qual fazem parte e à vontade majoritária da sociedade manifestação por seus representantes.³

14. O risco de captura das agências reguladoras pelos setores regulados é, portanto, uma preocupação constante. Assim sendo, devem ser criados mecanismos que resguardem a independência dessas entidades da administração indireta em relação aos agentes econômicos regulados. Um dos instrumentos normativos eficazes consiste justamente na previsão de normas mais rígidas de dedicação do servidor à Administração, tendo por finalidade a prevenção de potenciais conflitos de interesses que possam comprometer o interesse público subjacente às funções das agências.

15. A declaração de inconstitucionalidade de normas dessa natureza somente poderia ser cogitada nas hipóteses de restrições desproporcionais à liberdade profissional e funcional dos servidores públicos. O princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão, evoluiu como mecanismo instrumental para aferir a legitimidade das restrições a direitos fundamentais, tendo na vedação ao excesso uma importante manifestação.⁴

16. As normas contidas nos arts. 23, II, c, e 36-A, da Lei nº 10.871/2004, ora impugnados, que vedam o exercício de outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou direção político-partidária, excetuados os

³ Alexandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras*, 2005, p. 442.

⁴ Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2021, p. 253.

casos admitidos em lei, asseguram a observância dos princípios da moralidade, da eficiência administrativa e da isonomia e são meios proporcionais aptos a garantir a indispensável isenção e independência dos servidores das agências reguladoras. Essas medidas são: (i) *adequadas*, por impedirem que os servidores possam comprometer sua isenção no exercício concomitante de funções públicas e privadas e de direção político-partidária, (ii) *necessárias*, por não haver meio menos gravoso para se atingir o mesmo resultado e (iii) *proporcionais em sentido estrito*, uma vez que os benefícios de incremento de imparcialidade e de neutralidade dos servidores superam os custos oriundos da restrição à liberdade profissional da categoria, que já é, por sua natureza, limitada, na medida em que não há qualquer direito subjetivo à acumulação de cargos públicos e empregos privados. Há, no caso em análise, somente irresignação da autora contra opção legislativa válida, plenamente justificada no contexto em que se inserem as agências reguladoras.

17. A jurisprudência desta Corte tem, reiteradamente, declarado a constitucionalidade de preceitos legais que restringem a liberdade de exercício de atividade, ofício ou profissão com o objetivo de proteger o interesse público contra possíveis conflitos decorrentes da prática profissional ou de tutelar princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. Nessa linha, vejam-se julgados do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA OAB (LEI Nº 8.906/94). INCOMPATIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA DECORRENTE DA OCUPAÇÃO DOS CARGOS DE ANALISTA, TÉCNICO OU AUXILIAR NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. LEGÍTIMA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (CF, ART. 5º, XIII). LIMITAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE E DA ISONOMIA. PRECEDENTES.

1. A intervenção dos Poderes Públicos na liberdade de exercício de atividade, ofício ou profissão deve sempre manter correspondência com o objetivo de proteger a coletividade contra possíveis riscos indesejados decorrentes da própria prática profissional ou de conferir primazia à promoção de outros valores de relevo constitucional, como, no caso, a garantia da eficiência, da moralidade e da isonomia no âmbito da Administração Pública.
2. As incompatibilidades previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94) restritivas do exercício da advocacia por analistas, técnicos e auxiliares do Poder Judiciário e do Ministério Público da União configuram restrições adequadas e razoáveis à liberdade de exercício profissional por traduzirem expressão de valores constitucionalmente protegidos.

3. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Pedido julgado improcedente.

(ADI 5235, Rel^a. Min^a. Rosa Weber)

EMENTA: ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS. VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA POR PARTE DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO. EFETIVO RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA, VETORES IMPRESCINDÍVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) possui capacidade para a expedição de atos normativos autônomos (CF, art. 130-A, § 2º, I), desde que o conteúdo disciplinado na norma editada se insira no seu âmbito de atribuições constitucionais. Precedentes.

2. A Resolução 27/2008 do CNMP tem por objetivo assegurar a observância dos princípios constitucionais da isonomia, da moralidade e da eficiência no Ministério Público, estando, portanto, abrangida pelo escopo de atuação do CNMP (CF, art. 130-A, § 2º, II).

3. A atuação normativa do CNMP é nacional, podendo abranger tanto o Ministério Público da União quanto os Ministérios Públicos estaduais, preservada a competência dos Estados-Membros no sentido de, por meio de lei complementar, estabelecer “a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público” (CF, art. 128, § 5º).

4. A liberdade de exercício profissional não é um direito absoluto, devendo ser interpretada dentro do sistema constitucional como um todo. A vedação do exercício da advocacia por determinadas categorias funcionais apresenta-se em conformidade com a Constituição Federal, devendo-se proceder a um juízo de ponderação entre os valores constitucionais eventualmente conflitantes. Precedentes.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 5454, Rel. Min. Alexandre de Moraes)

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Exercício da advocacia. Servidores policiais. Incompatibilidade. Artigo 28, inciso V, da Lei nº 8.906/94. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Improcedência da ação.

1. A vedação do exercício da atividade de advocacia por aqueles que desempenham, direta ou indiretamente, serviço de caráter policial, prevista no art. 28, inciso V, da Lei nº 8.906/94, não se presta para fazer qualquer distinção qualificativa entre a atividade policial e a advocacia. Cada qual presta serviços imensamente relevantes no âmbito social, havendo, inclusive, previsão expressa na Carta Magna a respeito dessas atividades. O que pretendeu o legislador foi estabelecer cláusula de incompatibilidade de exercício simultâneo das referidas atividades, por entendê-lo prejudicial ao cumprimento das respectivas funções.

2. Referido óbice não é inovação trazida pela Lei nº 8.906/94, pois já constava expressamente no anterior Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 4.215/63 (art. 84, XII). Elegeu-se critério de diferenciação compatível com o princípio constitucional da isonomia, ante as peculiaridades inerentes ao

exercício da profissão de advogado e das atividades policiais de qualquer natureza.

3. Ação julgada improcedente. (ADI 3541, Rel. Min. Dias Toffoli)

18. Assim, os pedidos devem ser julgados inteiramente improcedentes.

III. Conclusão

19. Diante do exposto, conheço da ação direta de inconstitucionalidade e julgo improcedentes os pedidos, declarando a constitucionalidade dos arts. 23, II, c, e 36-A, da Lei nº 10.871/2004.

20. Proponho a fixação da seguinte tese de julgamento: *“É constitucional norma legal que veda aos servidores titulares de cargo efetivo de agências reguladoras o exercício de outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou de direção político-partidária”*.

21. É como voto.