

Ministério Público: Regulador Estatal dos Serviços Públicos e das Atividades Particulares

Paulo Wunder de Alencar*

Sumário

Introdução. 1. Ministério Público. 1.1. Serviço Público. 1.2. Poder de Polícia. 1.3. Conclusões. Referências.

Resumo

A partir do estudo da regulação estatal de serviços públicos, observa-se uma nova perspectiva de análise das atividades do Ministério Público, o que enseja uma abordagem diferente sobre a sua forma de atuação e sua natureza jurídica.

Introdução

O objetivo deste artigo não é tratar da origem histórica do Ministério Público, nem da complexa e vasta teoria sobre o serviço público, mas sim examinar se e onde esses conceitos se encontram e formam uma intercessão, alcançando-se, assim, a definição da natureza jurídica das atividades do *Parquet*, em virtude das suas variadas funções constitucionais.

A atual Carta Magna dispôs sobre o Ministério Público no Título IV – Da Organização dos Poderes, mas apartadamente, no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, ou seja, após os capítulos referentes aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ao mesmo tempo, o artigo 127, *caput*, da CRFB/88, conceituou o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Assim, o Ministério Público não foi incluído dentro do esquema de divisão tripartite de Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Contudo, ao chamar o MP de instituição permanente e ao lhe conferir funções, garantias e instrumentos de atuação essenciais ao funcionamento do próprio Estado, o constituinte originário definiu o *Parquet* como um órgão autônomo do Estado, de fiscalização e controle das atividades governamentais.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Mestrando em Direito da Regulação, da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

Aliás, a criação do Conselho Nacional do Ministério Público fortalece a noção de estrutura institucional organizada fundada na hierarquia e na subordinação administrativa.

O corpo seria o conjunto dos diversos Ministérios Públicos, administrados pelo órgão central – Conselho Nacional do MP – e integrados pelas unidades autônomas do *Parquet* (MP Federal, do Trabalho, Militar, do DFT e dos Estados).

Desse modo, o MP não integra, porém gravita em torno de todos os Poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a provocar as suas atuações, fiscalizar as suas atividades e controlar as suas funções.

Sem o MP, por exemplo, a inércia do Judiciário não seria garantia da sua própria imparcialidade, mas causa do seu fracasso, pois pouco chegaria ao seu conhecimento.

Insera-se, destarte, como um propulsor do sistema democrático de controle, cujo mecanismo de freios e contrapesos cria uma interatividade e interferência recíprocas entre os Poderes do Estado.

De acordo com Emerson Garcia:

“O Ministério Público não integra a administração direta ou indireta, o que, de imediato, afasta qualquer vestígio de subordinação hierárquica ou de uma pseudo tutela ou supervisão por parte dos órgãos verdadeiramente integrados na estrutura do Poder Executivo (Secretarias, Procuradoria etc)”. (GARCIA, 2005, p. 40).

No que se refere às suas atividades, prescreve a Carta Magna o seguinte:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Embora vastas, é possível perceber que todas são atividades de natureza administrativa, isto é, não são jurisdicionais, nem legislativas. Inclusive, para Hugo Nigro Mazzilli:

“Analisando suas principais funções institucionais que a Constituição e as leis conferem ao Ministério Público – a defesa da ordem jurídica, dos interesses indisponíveis, difusos e coletivos, a promoção da ação pública, o zelo pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais –, vemos que todas elas têm natureza administrativa: incumbências como promover a ação pública ou opinar como *custos legis* não são atividades jurisdicionais (atuar junto ao Judiciário naturalmente não significa prestar jurisdição) nem legislativas (a tarefa de fiscalizar ou promover a observância das leis não se confunde com a típica atividade de sua elaboração). Pela natureza intrínseca de suas funções, o Ministério Público exerce atividade administrativa, até pelo critério residual, pois promover a execução das leis não é atividade legislativa nem jurisdicional”. (MAZZILLI, 2001, p. 138).

Outrossim, nota-se que cabe ao MP intervir tanto em atividades exercidas pelo Estado, direta ou indiretamente, como naquelas operadas por particulares, ou seja, sua atuação vai desde o zelo pelos serviços públicos, independentemente de quem seja o efetivo prestador, até o cuidado sobre qualquer interesse coletivo sob risco.

1. Ministério Público

1.1. Serviço Público

A partir das breves conclusões acima, pode-se caracterizar o Ministério Público como um órgão do Estado que exerce atividade de natureza administrativa com capacidade para intervir na atuação da Administração Pública (seja direta ou indireta) e do Poder Legislativo, bem como de impulsionar o Poder Judiciário e de limitar direitos e liberdades dos particulares, sempre em favor do interesse da sociedade.

Em outras palavras, ressalvados alguns interesses eminentemente privados e disponíveis, a intervenção do MP ocorre em todos os setores da sociedade, constituindo-se como um órgão essencial não apenas ao funcionamento da Justiça, mas de tudo aquilo que tenha relevância coletiva.

Nessa enorme teia de interferências exercidas pelo *Parquet*, se estabelecem relações entre o MP e os beneficiários das suas atividades, bem como entre o MP e os seus investigados.

Quanto à primeira relação, a semelhança entre todas as diversas formas de atuação do MP é justamente a finalidade precípua da sua própria existência: a defesa do interesse da coletividade. Ainda quando age para proteger uma única pessoa, na verdade, o *Parquet* visa a garantir a defesa de direitos e garantias transindividuais, pois protege todos aqueles interessados naquela demanda, assim como aqueles que potencialmente se encontram ou podem vir a se encontrar em situações semelhantes.

Dessa forma, o MP atua em favor da sociedade, fiscalizando e controlando as funções exercidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como as atividades privadas de interesse coletivo.

Ora, se o MP é um órgão do Estado e exerce uma função para a sociedade, defendendo os seus interesses, então pode-se dizer que presta um serviço público?

O conceito de serviço público varia bastante no tempo e no espaço, seja em razão da mudança de perfil de atuação do Estado, em virtude da evolução social, econômica e tecnológica, bem como por causa da diversidade cultural entre os países, o que permite que atividades possam ser classificadas como serviço público em determinado país, mas como atividades econômicas eminentemente particulares em outros.

Ao tratar da extrema dificuldade em se conceituar e caracterizar serviço público, Caio Tácito ensina que:

“Não há um conceito apriorístico de serviço público, elastecendo-se o seu âmbito na medida em que se expande a presença do Estado nos domínios da vida social contemporânea.

(...) Costuma-se, ainda, opor, na caracterização do serviço público, a definição material ou funcional à concepção orgânica ou formal. A primeira tem em mira a atividade de interesse geral a que se destina o serviço; a segunda considera dominante o organismo administrativo que o desempenha.

(...) É certo que o âmbito do serviço público exprime as oscilações políticas do Estado. A moderna tendência intervencionista no domínio econômico e social atraiu para o terreno da atividade administrativa um elenco de serviços que não figuram nos modelos clássicos da Administração Pública". (TÁCITO, 1997, p. 638).

Considerando essa volatilidade intrínseca ao instituto, torna-se essencial para a caracterização de serviço público a análise sobre o ordenamento jurídico vigente, como explica Odete Medauar:

"No tocante ao serviço público, o saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público se coloca no plano da concepção política dominante, da concepção sobre o Estado e seu papel; é o plano de escolha política que pode estar fixada na Constituição, na lei, na tradição". (MEDAUAR, 1992, p. 109).

Eros Roberto Grau também defende que a "Constituição encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviço público", concluindo que:

"Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)". (GRAU, 2003, p. 249/266).

Nessa linha, Rafael Carvalho Rezende Oliveira explica a razão pela qual o serviço público deve estar previsto no ordenamento jurídico:

"É oportuno salientar que a tarefa de definir determinada atividade como serviço público é exercida pelo Constituinte ou pelo legislador. Isto porque a atividade econômica, caracterizada

como serviço público, é retirada da livre iniciativa (*publicatio*) e a sua prestação por particulares somente será possível por meio de concessão e permissão. Ou seja: não pode o administrador classificar, autonomamente, uma atividade econômica como serviço público, já que a publicização da atividade afastaria a livre iniciativa dos particulares". (REZENDE OLIVEIRA, 2011, p. 8).

Ainda com essa orientação, vale citar Celso Antonio Bandeira de Mello:

"A noção de serviço depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividade: àquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa e que por isto mesmo – e só por isto – entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos: o regime peculiar ao Estado". (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 20).

Com base nas lições acima, e sendo certo que o MP foi previsto pelo constituinte originário e classificado como órgão do Estado que exerce atividades na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, pode-se afirmar que presta um serviço público à sociedade, ainda que através de uma concepção genérica do que seja serviço público.

Nessa esteira, na tentativa de oferecer uma síntese sobre a evolução e a mudança dos conceitos de serviço público, Alexandre Santos de Aragão propôs quatro sentidos ao instituto: a) concepção amplíssima: considera serviço público toda e qualquer atividade exercida pelo Estado; b) concepção ampla: serviço público é toda atividade prestacional voltada ao cidadão, independentemente da titularidade exclusiva do Estado e da forma da sua remuneração; c) concepção restrita: serviço público abrange as atividades prestacionais do Estado oferecidas aos cidadãos, de forma individualizada e com fruição quantificada (este conceito não considera como serviço público o denominado serviço *uti universi*, mas apenas o serviço *uti singuli*); d) concepção restritíssima: serviço público é a atividade prestacional de titularidade do Estado, prestada mediante concessão ou permissão, remunerada por taxa ou tarifa (nesta noção estão excluídos os serviços *uti universi* e os serviços sociais, que não são da titularidade exclusiva do Estado). (ARAGÃO, 2007, p.).

Aliás, na mesma obra já citada anteriormente, Caio Tácito concluiu que:

"Temos, de uma parte, uma forma de ação geral e indivisível do serviço público, que atende diretamente a interesses coletivos

indiscriminados (*uti universi*) e corresponde a uma atividade soberana e privativa do Estado.

De outra parte, ocorrem prestações de serviço público que, embora genéricas quanto à sua disponibilidade, visam a satisfazer interesses que se podem individualizar entre determinadas pessoas, que as usufruem diretamente (*uti singuli*). Tais prestações administrativas não são privativas do Estado *ratione materiae*, não emanam de seu poder soberano, embora possam constituir monopólio estatal *de lege*.

A essas duas categorias é que se deve atribuir, respectivamente, a designação de serviço público geral e serviço público especial (...). (TÁCITO, 1997, p. 642).

Com proposta parecida, Floriano de Azevedo Marques Neto demonstra que:

“Há, basicamente, duas formas de se compreender o conceito. Em sentido amplo, pode-se entender serviço público toda prestação estatal, incluindo desde as atividades econômicas, a jurisdição, a segurança pública, o poder de polícia, a ordenação urbanística e mesmo a própria regulação estatal. Em sentido estrito, pode-se conceber o serviço público como as atividades dotadas de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social, cuja exploração a Constituição ou a Lei cometem à titularidade de uma das esferas da federação como forma de assegurar o seu acesso a toda gente, permanentemente”. (MARQUES NETO, 2005, p. 6).

Diante disso, a atividade desenvolvida pelo Ministério Público estaria subsumida ao que Caio Tácito nomeia como serviço público especial, ou ao que Alexandre Santos de Aragão chama de concepção amplíssima de serviço público, ou ao que Floriano de Azevedo entende como serviço público em sentido amplo.

Não se trata, evidentemente, da prestação de um serviço *uti singuli* que ofereça uma comodidade a um cidadão individualmente, como um serviço de água, luz etc (até porque o MP não pode exercer a representação judicial ou a consultoria jurídica).

Contudo, as atividades desempenhadas pelo Ministério Público representam uma função pública, ou melhor, um serviço público prestado de forma geral e indivisível à coletividade, na medida em que, por exemplo, fiscaliza e controla todos os demais serviços públicos, sejam eles prestados direta ou indiretamente, com a finalidade de tutelar direitos coletivos como a saúde, educação, segurança etc.

A propósito, com essa natureza, o MP exerce parcela de soberania do próprio Estado, em um sistema de verdadeiro autocontrole estatal, razão pela qual as suas atividades não podem ser delegadas.

Inclusive, na sua atuação judicial, apesar do MP não exercer diretamente a jurisdição, é essencial a prestação dessa função do Estado, ou seja, nas causas em que deve intervir, se não participar do processo, este será nulo.

Carlos Roberto de Castro Jatahy defende justamente a imprescindibilidade da participação do Ministério Público nos processos em que tiver que atuar, ao declarar que “consoante o artigo 129, I, da Carta Magna, a função privativa de persecução penal pertence ao Ministério Público, não podendo qualquer ato processual ser realizado sem a sua presença, por violação ao princípio do devido processo legal”. (CASTRO JATAHY, 2008, p. 20).

Sendo assim, como, para Floriano de Azevedo Marques Neto, “é fato que o Estado, ao prestar a jurisdição, oferece uma comodidade indiretamente a toda a sociedade (que vê seus conflitos pacificados, ensejando harmonia e coesão social) e diretamente aos indivíduos que se envolvem no conflito” (MARQUES NETO, 2004, p. 333), também podemos afirmar que o MP presta, através da sua atividade judicial (ou mesmo na extrajudicial inquisitória ou preparatória à atividade judicial), um serviço público, ainda que no sentido utilizado pela Constituição como sinônimo de função pública, uma vez que o “caráter compulsório da submissão do indivíduo à jurisdição impede que a prestação da Justiça seja caracterizada como uma atividade econômica” (MARQUES NETO, 2004, p. 333), assertiva que também se adequa ao perfil do *Parquet*, tendo em vista que exerce funções privativas, como a promoção da ação penal pública.

Ademais, ao citar a doutrina italiana, Caio Tácito ensina que:

“Como esclarece Miele, a função pública é a atividade endereçada aos fins essenciais do Estado (como a justiça, a segurança pública, a defesa nacional), enquanto o serviço público representa a atividade do Estado visando aos objetivos de bem-estar social e à satisfação das necessidades individuais.

Segundo Gianninni, a função pública, fundada no poder soberano, é atividade necessária do Estado. Serviço Público, ao contrário, é atividade que somente adquire esse caráter quando o Estado dela se faz titular, podendo, em princípio, ser exercida pelos particulares”. (TÁCITO, 1997, p. 640).

De fato, a doutrina cita como exemplos de serviço público no sentido de função pública a atividade jurisdicional ou a prestação da justiça. Apesar de tal função ser exclusiva do Poder Judiciário, como toda lesão ou ameaça a direito deve ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade da

jurisdição – artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88), e sendo certo que, pela inércia da jurisdição, a atividade jurisdicional só pode ser exercida mediante provocação, pode-se afirmar que o MP, como propulsor e fiscal da atuação do Poder Judiciário, desenvolve um papel essencial à jurisdição (como o próprio artigo 127, *caput*, da Carta Magna, prescreve).

Nesse sentido, a promoção da ação penal e da ação civil pública de improbidade administrativa, por exemplo, são os mecanismos de que dispõe a sociedade para chegar até o Poder Judiciário e defender seus direitos, como à segurança pública e à probidade, motivo pela qual tanto a atividade jurisdicional, prestada exclusivamente pelo Poder Judiciário, como a atividade de movimentação e fiscalização do Poder Judiciário, realizada pelo Ministério Público, se caracterizam como serviços públicos, mas com a peculiaridade de não poderem ser delegadas à iniciativa privada, tendo em vista que “somente o Estado pode executar diretamente, porque inerente à sua soberania e à sobrevivência da nação”. (WALD; WALD; RANGEL, p. 71).

Em outras palavras, como a imparcialidade se baseia na inércia, para prestar a Jurisdição através do Poder Judiciário o Estado se utiliza de outro órgão, o Ministério Público.

Vale fazer referência a outra lição do professor Floriano para se concluir que:

“Embora não se trate de atividade econômica – e por conseqüência não se cogite da delegação da prestação jurisdicional por concessão ou permissão à luz do regime desenhado pelo artigo 175 da CF – a prestação da atividade jurisdicional pode ser caracterizada como um serviço público para fins de incidência da taxa judiciária. Tal taxa, é bom dizer, não tem como fato gerador o exercício do poder de polícia (pois se assim fosse todo jurisdicionado deveria pagá-la, anualmente, pois estamos sempre, todos, sujeitos à jurisdição) e sim a movimentação da máquina jurisdicional (*v.g.* o ajuizamento de uma demanda)”. (MARQUES NETO, p. 334).

Por essa razão, o Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro (DL 05/1975), ao dispor sobre a taxa judiciária, prescreve o seguinte:

“Art. 112. A Taxa Judiciária incide sobre os serviços de atuação dos magistrados e dos membros do Ministério Público, em qualquer procedimento judicial, e será devida, conforme o caso, por aqueles que recorrerem à Justiça Estadual, perante qualquer Juízo ou Tribunal, pelo interessado na prática do ato.”

Com isso, no que se refere à relação entre o MP e a sociedade, a atividade do *Parquet* se equipara à atividade jurisdicional do Poder Judiciário, caracterizando-se como um serviço público.

No que tange à relação entre o MP e o seu investigado, o *Parquet* fiscaliza todos os serviços públicos, independentemente da concepção utilizada para a conceituação, além das atividades particulares que interfiram na coletividade.

Assim, o investigado pelo MP pode ter absolutamente qualquer natureza, ou seja, desde um órgão do Estado, seja da Administração Pública direta ou da indireta, até pessoas jurídicas de direito privado e pessoas físicas.

Nessa relação entre o MP e seu investigado, cabe ao *Parquet* exercer funções de fiscalização e controle, sejam diretas ou através da propositura de medidas judiciais.

Desse modo, considerando que concluímos acima que o MP presta um serviço público à sociedade, e sendo certo que, na relação com o investigado, esse serviço se consubstancia principalmente na fiscalização e no controle das atividades governamentais e particulares, dentre as espécies de serviço público, aquela que trata justamente dessa função reguladora é o poder de polícia, que será melhor abordado a seguir.

1. 2. Poder de Polícia

Os conceitos clássicos de poder de polícia ressaltavam a noção de atividade limitadora do particular frente à supremacia do interesse público sobre o privado, valendo citar Otto Mayer e Caio Tácito, respectivamente:

“A atividade do estado que visa a defender, pelos meios do poder da autoridade, a boa ordem da coisa pública contra as perturbações que as realidades individuais possam trazer; o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”. (MAYER; TÁCITO *apud* MOREIRA NETO, 2003, p. 385).

Ainda nessa concepção clássica, merece menção, também, o conceito explícito no artigo 78 Código Tributário Nacional:

“Atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razões de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades

econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

A ideia de poder de polícia, então, sempre esteve atrelada à soberania do Estado e à supremacia do interesse público sobre o privado.

A partir do momento em que o Estado se organizou e assumiu para si o monopólio da força, aos particulares restou uma sujeição àquilo que era legitimamente decidido pelo agente público responsável.

Atualmente, entretanto, houve uma ampliação das funções do Estado e, conseqüentemente, do campo e da maneira da sua atuação. Agora, ao também operar na ordem econômica, onde age em concorrência ao particular, bem como na ordem social, quando atende ao cidadão de forma assistencialista, o Estado muda o caráter restritivo da sua conduta e parte para o incentivo.

Do papel de autoridade que fazia cumprir o dever do cidadão de não interferir e perturbar o interesse público, se evoluiu para um patamar onde o foco deixa de ser o Estado em si e passa para o particular, cabendo ao primeiro exercer uma função intervencionista, mas agora restringindo e condicionando o exercício de seus próprios direitos em prol de uma maior liberdade e atuação daqueles que antes eram apenas seus subordinados.

Essa evolução da natureza da atividade do Estado gerou uma mudança do perfil de atuação do poder de polícia, que tradicionalmente era exercido pela Administração Pública direta e pelas autarquias, órgãos da Administração Pública indireta, mas com personalidade jurídica de direito público.

Como o exercício do poder de polícia constitui uma decorrência direta do poder político, e como o Estado reservou para si o monopólio do uso da força, a Administração Pública seria a única legitimada a promover escolhas acerca dos interesses sociais que orientam a vida dos particulares.

Da soberania do Estado e da sua posição de supremacia em face dos interesses dos cidadãos também decorre a igualdade entre os particulares, o que significa que, pela isonomia, não poderia um particular (ou uma pessoa jurídica de direito privado) exercer poder de força sobre outro.

Desse raciocínio ainda advém a impossibilidade do cidadão em criar obrigações contra terceiros, bem como de impor medidas coercitivas para efetivá-las ou mesmo de determinar o seu cumprimento autonomamente (autoexecutoriedade), sem a intervenção do Poder Judiciário.

Ademais, Juarez Freitas, ao tratar da indelegabilidade do poder de polícia, afirma que “o procedimento de poder de polícia administrativa – tipicamente estatal – exige, no mais das vezes, que o agente tenha garantias próprias das funções do Estado”. (FREITAS, 2013, p. 203).

Isso porque o fato de estar submetido ao regime jurídico do servidor público, além de representar a própria força e expressão da vontade da administração, ainda iria dar ao agente responsável maior segurança e estabilidade no exercício de suas funções.

Destarte, a orientação clássica restringe o poder de polícia à Administração Pública direta e autarquias com base nos seguintes elementos: princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, soberania do Estado, monopólio do uso da força pelo Estado, coercitividade, autoexecutoriedade e estabilidade dos servidores públicos.

Entretanto, percebe-se, de início, que os elementos acima reunidos não são, na verdade, características privativas da Administração Pública direta, muito menos do Poder Executivo.

Em outras palavras, legitimado político, autoexecutoriedade, monopólio do uso da força, soberania, servidor público etc., ainda que sejam considerados como elementos essenciais da legitimidade ativa do poder de polícia, não são exclusivos do Poder Executivo, mas também se encontram presentes nos demais Poderes – Legislativo e Judiciário, bem como nos chamados órgãos de fiscalização e controle das atividades governamentais, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

Aliás, vale lembrar que, enquanto Rousseau caracterizou o poder soberano como uno e indivisível, Montesquieu, pela Teoria da Separação dos Poderes, estabeleceu uma divisão tripartite de funções entre Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo que um se encarregasse de controlar e limitar o outro.

Como explica Clèmerson Merlin Clève:

“O que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno e indivisível. Tanto não poderia ser dividido que as primeiras Constituições procuraram conciliar o pensamento de Rousseau com aquele de Montesquieu. A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes”. (CLÈVE, 2000, p. 30).

Assim, não se trata de Poderes (no sentido de órgãos) absolutos, mas de funções independentes e prioritárias, porém não exclusivas. O próprio mecanismo de freios e contrapesos, ao manter o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes, estabelece funções típicas a cada um deles, mas também confere outras atípicas que seriam, a princípio, próprias dos demais.

Ao se separar as funções do Estado entre os Poderes não há exclusividade no exercício da respectiva atividade, já que existem casos em que um Poder irá exercer uma função que seria do outro.

A atividade administrativa (organização, regulação, gestão, operacionalidade, fiscalização, sanção etc), por exemplo, é própria a todos os Poderes, já que cabe a todos se organizarem internamente, gerindo os seus órgãos e exercendo a gestão sobre seus bens, serviços e pessoal.

Por exemplo, cabe ao Legislativo legislar, fiscalizar, administrar e julgar, sendo que a primeira seria a sua atividade natural. Ocorre que a fiscalização que o Poder Legislativo exerce sobre o Executivo configura-se como uma atividade administrativa, embora de cunho político. Cuida-se de um controle onde o Legislativo pode questionar os atos do Executivo, inclusive através de investigações (Comissões Parlamentares de Inquérito) de natureza administrativa, por serem preparatórias e inquisitoriais.

Outrossim, órgãos como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, que não são Poderes, nem se inserem na Administração Pública, também exercem atividades típicas de polícia administrativa quando fiscalizam e sancionam tanto um particular, como um órgão público ou um agente político.

Não parece essencial para o conceito de poder de polícia, portanto, quem seja o destinatário final (particular ou órgão público) do comando restritivo, mas sim a natureza jurídica da própria atividade desenvolvida pelo seu titular.

O Supremo Tribunal Federal já chegou a essa conclusão, no julgamento da ADI nº 3.151/MT, ao reconhecer a constitucionalidade da lei que instituiu uma taxa pelo exercício de fiscalização do Poder Judiciário, em relação à atividade notarial e de registro.

Doravante, o STF conferiu um sentido amplo ao poder de polícia, reconhecendo legitimidade ativa ao Poder Judiciário (que não integra a Administração Pública) e legitimidade passiva a um particular (apesar de estar no exercício de atividade pública delegada).

Assim, nas atividades notariais, há duas delegações pelo Poder Público: um serviço público exercido pelos particulares (o cartório extrajudicial não é órgão do Estado e não possui personalidade jurídica própria, sendo a delegação feita através de concurso aos tabeliães), e um poder de polícia atribuído ao Poder Judiciário, em face dos notários (artigo 236, *caput* e §1º, da CRFB/88).

Por conseguinte, a legitimidade ativa para o exercício do poder de polícia deve ser mais aberta, compreendendo não apenas a Administração Pública direta e as autarquias, mas também outros órgãos públicos *lato sensu* que exercem atividade administrativa típica de polícia.

Entretanto, o fato desses outros órgãos públicos também exercerem atividade de polícia administrativa não significa que o farão da mesma forma e com a mesma intensidade que aqueles originalmente concebidos para isso.

Em outras palavras, pode ser que esses outros órgãos, diferentes do Poder Executivo, mas que também desenvolvem atividades administrativas de polícia, não tenham liberdade para exercer essa função de forma natural e plena.

Isso ocorre porque o poder de polícia, na verdade, não se constitui em apenas um ato, mas sim em uma série de atividades, o que significa que a legitimidade para uma fase pode não significar para outra, ou para todas.

Impossível, portanto, esclarecer o tema da legitimidade ativa sem falar, ao menos brevemente, de cada fase do poder de polícia, tendo em vista que uma etapa difere bastante da outra, não apenas na atividade exercida, mas especialmente em quem a exerce.

Quando falamos em fases do poder de polícia tratamos justamente da sua forma de apresentação ao longo do tempo, ou seja, do seu ciclo, que vai desde a sua constituição até a efetiva implementação final.

Justamente por derivar da lei, nas palavras de Diogo de Figueiredo:

“A ordem de polícia, que inicia o ciclo de atuação de polícia e o valida, é o preceito legal, a satisfação da reserva constitucional (art. 5º, II) para que não se faça aquilo que pode prejudicar o interesse geral ou para que não se deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público, portanto, se apresentando sob duas modalidades.

A primeira modalidade é, nitidamente, um preceito negativo absoluto, pelo qual são vedadas certas formas de exercício de atividades e de uso da propriedade privada, por serem consideradas incompatíveis com a boa ordem social. Nesta modalidade, impõem-se restrições ao exercício de liberdades, de direitos e de faculdades”. (MOREIRA NETO, 2003, p. 388).

Considerando, portanto, a regra de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, somente a lei pode criar restrições e limitações ao exercício de direitos e liberdades.

A liberdade é a regra, devendo a lei estabelecer, previamente, a impossibilidade do exercício de certa atividade, ou condicionamentos para a sua liberação.

Cabe frisar que, consoante Alexandre Santos de Aragão, lei deve ter o sentido amplo, uma vez que “é cada vez mais aceita a possibilidade de a Administração, independentemente de lei infraconstitucional, impor limites com base diretamente em ponderação de direitos fundamentais”. (MEDAUAR; SANTOS DE ARAGÃO, 2014, p. 109).

De acordo com Carlos Ari Sundfeld, “só existirá administração ordenadora se, quando, como e na medida em que o legislador, ao regulamentar a vida dos indivíduos, houver cominado à Administração um papel ativo em seu cumprimento”. (SUNDFELD, 2003, p. 21), o que significa que uma restrição (ordem de polícia) deve

emanar do Poder Legislativo, sendo inviável a criação de restrição nova por ato administrativo ou ato de delegatário de poder de polícia.

Após a edição do ato normativo em que se estabelece a restrição ao exercício de determinado direito ou liberdade, caso tenha sido prevista a possibilidade do particular, mediante certas condições, solicitar à Administração Pública que usufrua dessa prerrogativa, teremos o consentimento de polícia.

Nota-se que pode haver uma restrição absoluta imposta por lei, ou uma relativa, quando o cumprimento de determinadas condições possibilitar o seu desempenho, justamente onde se aplica o consentimento de polícia.

Segundo o professor Diogo de Figueiredo:

“A segunda modalidade é um preceito negativo com reserva de consentimento, pelo qual são vedadas, apenas em princípio, certas formas de exercício de atividades e de uso da propriedade privada, sem que a Administração, prévia e expressamente, avaliando casuisticamente as circunstâncias de fato, as consinta. Nesta modalidade, impõem-se condicionamentos ao exercício de liberdades, de direitos e de faculdades”. (MOREIRA NETO, 2003, p. 388).

Trata-se, aqui, da fase em que o particular solicita o ato de anuência para que possa fazer alguma coisa que seja controlada previamente pela Administração Pública, ou seja, quando o interessado terá que demonstrar que cumpriu com as exigências e condições impostas em lei para a compatibilização do exercício do direito controlado.

Em relação à legitimidade ativa, a atividade de consentimento pode ser delegada, desde que na ordem de polícia estejam previstas as condições, cabendo ao delegatário apenas cumprir aquilo que já foi decidido anteriormente pelo órgão competente.

Caso contrário, estaria o delegatário criando restrição nova, o que seria inconstitucional (artigo 5º, inciso II, da CRFB/88), pois o ato de consentimento se equivaleria a uma nova ordem.

Em vista disso, como o ato de delegação não envolve aquelas características próprias do Poder Público (coercitividade, autoexecutoriedade etc.), não há óbice para que um particular exerça alguma atividade de consentimento.

Após dado o consentimento, deve-se fiscalizar o correto cumprimento das respectivas condições, tanto daquelas que foram requisitos à ordem de polícia, como de eventuais previstas no próprio ato de consentimento. Evita-se, aqui, a existência de abuso pelo particular no uso da sua licença, autorização ou permissão.

Evidentemente, a fiscalização é ato proveniente da imperatividade e força cogente do Poder Público que emanou a ordem e criou as condições para o seu adimplemento, podendo, portanto, ser exercida de ofício, não sendo necessária a provocação do particular interessado.

Pelos mesmos motivos, a fiscalização é uma atividade vinculada e não discricionária. Não pode o seu titular examinar condições de oportunidade e conveniência para decidir se fiscaliza ou não. O exercício dessa atividade, portanto, é um dever para o seu titular, diretamente relacionado à tutela daquele interesse que está sendo protegido através da limitação imposta pelo poder de polícia.

Voltando ao tema da legitimidade ativa, mas fazendo uma relação com a fiscalização, como a titularidade sobre uma etapa do ciclo de polícia não pressupõe as fases anteriores, pode a lei conferir a legitimidade para um órgão consentir e para outro(s) fiscalizar(em).

Dessa forma, *v.g.*, não cabe ao Tribunal de Contas autorizar, previamente, todas as contratações da Administração Pública. Muito menos deve o Ministério Público conceder uma licença ambiental.

Todavia, esses órgãos públicos irão fiscalizar e, eventualmente, impor sanções no exercício de atividades de polícia administrativa, já que a própria Constituição os delegou essas funções.

A sanção de polícia é a última fase do ciclo, quando ocorre a aplicação da penalidade decorrente do não cumprimento dos limites impostos na ordem, no consentimento ou na fiscalização.

O exercício da função sancionadora deve ser sempre motivado e proporcional, o que significa que a pena deve ser graduada dependendo das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

A regra constitucional que determina o dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX) se aplica às sanções de polícia administrativa. Em um Estado de Direito, onde a atividade sancionadora está eminentemente vinculada a uma previsão legal anterior, a motivação é o elo essencial entre a sanção (*nulla poena sine lege* – artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88) e sua eventual revisão, pois o conhecimento é elemento da defesa.

Outrossim, o dever de motivação pode ser extraído do artigo 37, *caput*, da Carta Magna, ao prescrever que a Administração Pública se submete, entre outros, aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade.

Ora, seria impossível haver a imposição de uma sanção administrativa sem a previsão legal anterior, a fundamentação e a sua devida exposição.

Ao se constatar uma ilegalidade no exercício de uma fiscalização de polícia, a sanção pode enfrentar o dilema entre a aplicação de uma pena e a continuidade da empresa, que envolve tanto o interesse do particular e dos seus empregados, como dos cidadãos beneficiados direta ou indiretamente pela atividade. Nesse conflito,

não se deve escolher um dos lados, mas sim otimizar ambos, a fim de que possam conviver harmonicamente.

Logo, no que tange à fixação das penas, a proporcionalidade é a técnica de solução de conflitos entre princípios. Através dela, devem ser examinadas as condições especiais de importância de cada um dos princípios em jogo para se aferir a precedência de um sobre o outro, conferindo-se o peso individual deles no confronto.

A regra da proporcionalidade é justamente o mecanismo de ponderação de princípios que busca maximizá-los nos casos concretos, subdividida em três sub-regras, consecutivas e subsidiárias: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação se entende o meio com cuja utilização um objetivo pode ser fomentado, promovido ou alcançado, o que significa, para Virgílio Afonso da Silva, que “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”. (AFONSO DA SILVA, p. 36).

Esse primeiro estágio envolve, então, a premissa de se estabelecer o grau de não satisfação ou de prejuízo do princípio questionado. O foco é o princípio que supostamente traz algum tipo de restrição ou prejuízo para alguém, sem se examinar, por enquanto, o outro princípio que seria atingido.

Destarte, adequado é aquilo que se presta à finalidade pretendida, ou seja, se determinada medida consagra certo princípio, ela será adequada para esse princípio. Não se busca aferir o outro princípio em choque, mas somente aquele que a medida visava a proteger ou incentivar.

Já necessário é o ato estatal que limita um direito fundamental que não poderia ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limitasse, em menor medida, o direito fundamental atingido.

Portanto, enquanto o exame da necessidade é eminentemente comparativo, o da adequação é absoluto e se esgota em si próprio. É da essência do exame da necessidade a comparação da medida em exame com outras eventualmente possíveis, a fim de se aferir se a escolha, ou melhor, se a restrição causada a um dos princípios, foi necessária, ou se existe outra alternativa menos invasiva.

Diferentemente da fase da adequação, em que o princípio protegido é isoladamente examinado, afere-se, na necessidade, a importância da satisfação do mesmo princípio (ou melhor, seu grau de benefício), mas aqui já comparando a medida com outras soluções teoricamente possíveis, mas que não acarretariam a mesma restrição ou prejuízo ao outro princípio em conflito.

No caso, se tanto uma suspensão temporária de uma atividade, como a sua interrupção permanente resolveriam o problema causado, ambas podem ser medidas adequadas, mas apenas a primeira seria necessária.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

É a fase em que ocorre a verdadeira ponderação entre os princípios envolvidos no conflito, pois, até aqui, ainda não se atribuíam pesos a eles. Conforme Alexy, “as submáximas da adequação e da necessidade demandam uma otimização relativa às possibilidades fáticas. Não se trata aqui de ponderação, mas de impedir restrições em direitos fundamentais evitáveis sem custos para outros princípios”. (ALEXY, 2010, p. 26).

Para que uma medida seja desproporcional em sentido estrito, então, os motivos que a fundamentam devem ter peso menor do que o peso do direito fundamental restringido.

Transportando essas lições e retornando à rota da atividade sancionadora de polícia, havendo mais de uma pena possível, e sendo importante a permanência da empresa, a escolha deve recair sobre aquela que conciliar a repressão firme da ilegalidade e a continuidade da atividade, sem exageros que inviabilizem e fulminem o negócio, mas respeitando o maior dos interesses, ou seja, o interesse público e não os interesses do órgão público ou do empresário.

No que se refere à legitimidade, há uma orientação praticamente unânime da doutrina e da jurisprudência de que a sanção de polícia é fase restrita à Administração Pública, sendo vedada a sua delegação a particulares, diante da presença da supremacia do interesse público sobre o privado, da necessidade de utilização de meios coercitivos para a aplicação da pena, da autoexecutoriedade e da impossibilidade de um particular se sobrepor a outro para impor uma pena.

No entanto, outros órgãos públicos fora da Administração Pública também podem exercer sanção de polícia, como o Tribunal de Justiça, ao fiscalizar e punir a atividade notarial, o Tribunal de Contas, ao julgar os gastos públicos, e o Ministério Público, ao impor termos de ajustamento de conduta.

Aliás, aplicando os conhecimentos acima ao estudo da atividade do MP, ao invés da aplicação de uma pena, pode ser muito mais interessante a utilização da consensualidade na solução de conflitos, o que significa que, através da regra da proporcionalidade no exercício da atividade sancionadora de polícia, a própria sanção deve ceder espaço para que antes sempre se tente um ajustamento de condutas.

Inclusive, vale ressaltar a lição de Marcos Juruena, especialmente nos casos de atividades reguladas:

“É importante que no exercício da função regulatória mais vale prevenir o litígio e a solução do conflito que a sua preservação (durante um longo procedimento de apuração, nem sempre

bem conduzido ou concluído); assim, o órgão regulador pode, antes ou depois de lavrar o auto de infração, celebrar com as partes interessadas o que, genericamente, se denomina 'acordo substitutivo'.

Assim, em qualquer fase do processo administrativo deve-se admitir a celebração de variedades de acordos substitutivos, com denominações específicas de compromisso de desempenho, acordo de cessação, acordo de leniência e outras variedades pactuais que importam em cessação de prática suspeita de investigação". (VILLELA SOUTO, 2005, p. 74).

No mesmo sentido, Karlin Olbertz assevera que:

"Um exemplo de funcionamento da proporcionalidade na execução de medidas de repressão consiste na celebração de termos de ajustamento de conduta. Isso porque a Administração Pública, na avaliação do caso concreto, pode chegar à conclusão de que o meio mais eficaz para atingimento da finalidade jurídica não é a imposição de uma sanção afluiva e retributiva, mas a imposição de compromisso e de obrigações de recomposição do bem jurídico afetado". (MEDAUAR; OLBERTZ, 2013, p. 55).

Nessa linha, nota-se, modernamente, um caminho de maior consensualidade na solução dos conflitos entre a Administração Pública e o particular, principalmente nas atividades reguladas, onde há uma busca permanente por interesses comuns entre o regulador e aquele que exerce a atividade, o que justifica ainda mais a celebração de termos de ajustamento de conduta ao invés de processos impositivos de penas.

Firmada a premissa de que a consensualidade obedece à proporcionalidade e de que o oferecimento do compromisso de ajustamento de conduta deve preceder à imposição de uma pena administrativa, embora no enunciado normativo da Lei da Ação Civil Pública tenha sido utilizado o verbo "poderão" (artigo 5º, §6º, Lei 7.347/85: os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial), caso seja viável a celebração de termo de ajustamento de conduta, a Administração deve e o fiscalizado pode solicitar a sua aplicação.

Trata-se, assim, de verdadeiro direito subjetivo do interessado, ao poder exigir a verificação de viabilidade do TAC. Claro que não existe o direito à celebração do ajustamento de conduta, mas a Administração também não pode decidir livremente pelo seu oferecimento ou não.

O TAC não pode ser imposto pelo órgão público, pois o compromissário tem a liberdade de aceitá-lo ou não. Ele pode tanto preferir discutir sua responsabilidade, como discordar das cominações, optando, assim, por se abster de firmar o compromisso.

Contudo, o compromissário, tendo interesse, pode sim requerer do órgão público que seja verificada a possibilidade de oferecimento de um TAC. Não pode exigir o TAC, pois requisitos e pressupostos devem estar presentes. Mas pode demandar pela decisão justificada sobre a sua aplicabilidade.

Ana Luiza de Andrade Nery afirma justamente que “inexiste discricionariedade pura, pois a escolha do melhor caminho e a fundamentação para isso torna o ato vinculado, desprovido, portanto, de discricionariedade” (NERY, p. 221).

Inclusive, vale fazer uma breve analogia entre o TAC e a transação penal, disposta no artigo 76, da Lei nº 9.099/1995:

“Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

Da mesma forma que no TAC, na transação penal o acusado possui o direito subjetivo a que a proposta seja oferecida ou fundamentadamente negada, sendo que o verbo “poderá” também não exprime uma livre discricionariedade do Ministério Público. Tal lógica parece ser seguida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, embora um pouco confuso na definição:

RE 776801/BA – Min. Roberto Barroso – Julgamento: 29/11/2013

(...) Preliminar de nulidade em face da ausência de proposta de transação penal. Razoável discricionariedade auferida ao MPF. Inexistência de direito subjetivo do réu à transação em todas as situações. Necessidade de preenchimento dos requisitos ensejadores da transação penal (...).

Ao falar em razoável discricionariedade, o acórdão trata de necessidade de fundamentação para se negar o oferecimento de proposta de transação, enquanto a expressão inexistência de direito subjetivo em todas as situações seria o equivalente a direito subjetivo desde que preenchidos os requisitos, ou direito subjetivo ao exame do cabimento do oferecimento da proposta.

Destarte, o verbo “poderão” expressa apenas a existência de mais de uma possibilidade de solução dos conflitos, sendo uma consensual e a outra impositiva (a sanção administrativa), mas não significa que o órgão público pode livremente

escolher qual irá adotar, tendo em vista que o termo de ajustamento de conduta sempre será a primeira alternativa, se for viável no caso concreto.

Com a autorização legal e a possibilidade fática e jurídica para a celebração de um termo de ajustamento de conduta, essa medida deve ser adotada preferencialmente, justamente por conciliar o atingimento dos interesses de todos os envolvidos, ou seja, da Administração, do favorecido com o consentimento e dos demais particulares atingidos direta ou indiretamente com a atividade regulada.

A sanção não precisa ser necessariamente aplicada, pois a obrigatoriedade é para o exercício do poder de polícia e não do poder de punir, sendo que firmar compromissos não significa deixar de punir.

Portanto, a discricionariedade do órgão público na verificação do interesse na celebração de um TAC não é ampla e absolutamente livre.

Isso não significa que o órgão público não tenha a possibilidade de verificar a adequação e a necessidade de um TAC àquele dano investigado, mas sim que eventual negativa na opção pelo acordo deve estar muito bem fundamentada, especialmente abordando a razão pela qual a via da sanção administrativa se faz, naquele caso, mais oportuna e conveniente do que o ajustamento da conduta.

Como já mencionado anteriormente, tratando-se de aplicação de uma sanção administrativa, o órgão público deve se pautar pela proporcionalidade, sendo, com isso, vedada a possibilidade meramente arbitrária e discricionária de se escolher pela pena em detrimento da solução conciliadora do TAC.

Ademais, se o TAC atinge a mesma finalidade do que a ação civil pública, mas em menor tempo e, conseqüentemente, com menor custo, a princípio não haveria interesse jurídico em se preferir a via judicial.

1.3. Conclusão

Com base no exposto, podemos concluir que o Ministério Público é um órgão público que exerce regulação estatal, conforme as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

“Meu entendimento do que seja regulação estatal é amplo e compreensivo das diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico. Tenho comigo, neste sentido, por regulação a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas. Neste sentido, entendo que o gênero regulação econômica (regulação

estatal contraposta à autorregulação interna ao domínio econômico) compreende vários instrumentos e atividades com lastro no texto constitucional como a de fiscalizar, planejar, coordenar, orientar, coibir condutas nocivas, regulamentar e fomentar atividades econômicas”. (MARQUES NETO, 2005, p. 2).

Na mesma brilhante obra, que parece se adequar perfeitamente ao objetivo deste humilde trabalho, o professor Floriano ainda acrescenta que:

“(…) durante muito tempo a regulação estatal se manifestava ou pela atividade normativa (regulamentação de uma série de atividades econômicas) ou pela intervenção direta no domínio econômico (com a assunção pelo Estado, diretamente ou por ente seu, da exploração de atividade econômica, em regime público ou não, sem ou – preferencialmente com a assunção monopolística). Ou seja, o Estado assumia a produção de bens e serviços diretamente, interditando a exploração destas atividades aos particulares, ou se limitava a regradar, normatizar, a atividade destes particulares nos demais setores da ordem econômica.

(…) Portanto, a retirada do Estado da efetiva execução de algumas atividades e o trespasse de sua exploração a particulares (mediante o recurso a parcerias, abertura à competição ou a outorga de concessões e permissões), antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa na necessidade de fortalecimento da atuação pública.

Mais do que aumento da atividade regulatória indireta (para compensar a diminuição da regulação via intervenção direta), podemos identificar um outro processo de transformação da regulação estatal. Fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, verifica-se o surgimento de um novo padrão de atuação regulatória onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa atividade (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais). Ganha lugar aquilo que se convencionou chamar de regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais.

O novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a

sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se este papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses” (MARQUES NETO, 2005, p. 3/4).

Aliás, ao abordar a mudança da atuação do Estado, Floriano destaca que “do ângulo organizacional, aparece a necessidade de novos órgãos e instrumentos de ação estatal. Afinal, para desempenhar este novo perfil de ação regulatória se fazem necessários instrumentos aptos a conferir ao regulador independência, autonomia, especialidade e capacitação técnica”, ou seja, requisitos que se alinham perfeitamente às características institucionais e funcionais do Ministério Público.

Outrossim, também podemos concluir que o Ministério Público é um órgão público que exerce poder de polícia em face dos particulares, na medida em que, como legitimado ativo da ação civil pública, pode defender, contra ato de qualquer tipo de pessoa, o meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica, a ordem urbanística, a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, o patrimônio público e social, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (artigos 1º e 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/85).

Isto posto, como órgão do Estado que exerce funções de fiscalização, controle e sanção, e na medida em que exerce essas atividades tanto em face dos serviços públicos, como das atividades particulares, bem como que atua em todo o território nacional, em todas as esferas jurisdicionais (estadual, federal, trabalhista, militar e eleitoral) e em todas as áreas (ambiental, cultural, consumidor etc), podemos conferir ao Ministério Público, sem sombra de dúvida, o título de maior e mais importante regulador estatal do Brasil.

Referências

ALEXY, Robert. Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 253, 2010.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 91, n. 798, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil – Direito do Estado – Novos Rumos – Direito Administrativo. Tomo 2, Editora Max Limonad, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Editora Renovar, 2014.

BORGES, Alice Gonzalez. Ação Civil Pública e Defesa do Consumidor de Serviços Públicos. *Revista Interesse Público*, nº 27, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública. Comentários por Artigo*. 6ª edição. Editora Lumen Juris, 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 225, 2001.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº 3, 2003.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. Editora Malheiros, 5ª edição, 2013.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Editora Lumen Juris, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva - A Efetividade da Tutela Coletiva Fora do Processo Judicial*. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editora Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público. Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Editora Malheiros, 1ª edição, 2003.

GRELLA, Fernando. A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos e a Posição do Ministério Público. *Revista Justitia* nº 55 (161), São Paulo, 1993.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade*. Editora Fórum, 2013.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. Editora Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Custeio de Serviço Público de Uso Compulsório. *Revista Interesse Público*, nº 23, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1, 2005.

_____. Concessão de Serviço Público sem Ônus para o Usuário - Direito Público - Estudos em homenagem ao Professor Dalmo de Abreu Dallari. Editora Del Rey, 2004.

_____. Universalização de Serviços Públicos e Competição: O Caso da Distribuição de Gás Natural. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 223, 2001.

_____. Público e Privado no Setor de Saúde. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 3, nº 9, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta – evolução e fragilidades. Disponível em: <www.mazzilli.com.br>. Acesso em: 02 de setembro de 2014.

_____. *O Inquérito Civil*. Editora Saraiva. 3ª edição. 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Editora Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; OLBERTZ, Karlin; SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Poder de Polícia na Atualidade*. Editora Fórum, 2014.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 189, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Renovar, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, 2000.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta - Teoria e análise de casos práticos*. Editora Revista dos Tribunais. 2012.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação, Fiscalização e Sanção*. Editora Fórum, 2013.

REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Serviços Públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): Limites e Possibilidades*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 25, 2011.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta - Teoria e Prática*. 3ª edição. Editora Forense. 2011.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Editora Forense, 2014.

_____. Alexandre. *Direitos dos Serviços Públicos*. Editora Forense, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. Editora Malheiros, 2012.

TÁCITO, Caio. *As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar. Temas de Direito Público*, Editora Renovar, 1997.

_____. *Conceito de Serviço Público. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, 1º volume, Editora Renovar, 1997

VIEIRA DA SILVA, Viviane. *A Omissão no Poder de Polícia*. Editora Fórum, 2011.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Editora Lumen Juris, 2005.