

AS PROCURADORIAS DE ESTADO NO BRASIL E O CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS: BREVE ESTUDO COMPARATIVO

THE BRAZILIAN STATE ATTORNEY AND THE FRENCH COUNCIL OF STATE: BRIEF COMPARATIVE STUDY

Fernanda Figueira Tonetto

Recebido em: 15.8.2016

Aprovado em: 31.8.2016

Resumo: O presente estudo propõe-se a comparar os aspectos comuns que unem e as discrepâncias que separam duas instituições que são de fundamental importância para a manutenção da ordem jurídica em Estados com tradições que ao mesmo tempo se assemelham e se distanciam. Trata-se do Conselho de Estado francês e das Procuradorias de Estado brasileiras, no que tange às funções de aconselhamento e às funções de juiz administrativo. Partindo de uma abordagem histórica e de um método comparativo, se buscará explicar essas prerrogativas em ambas as instituições, com vistas a propor o desenvolvimento de algumas potencialidades no que tange à prestação de consultoria e ao contencioso administrativo

Abstract: This study aims to compare the commonalities that unite and discrepancies that separate two institutions that are of fundamental importance for the maintenance of law in states with traditions that are similar and differ at the same time. It is about the French Council of State and the Brazilian State Attorney, with regard to advisory functions and administrative functions of judge. From a historical approach and a comparative method, it will seek to explain these prerogatives at both institutions, to propose the development of some potentialities of consulting and administrative litigation activities that can be played by the State Attorney, especially in the Rio Grande do Sul State.

que pode ser desempenhado pela Procuradoria do Estado, em especial no Estado do Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Procuradoria de Estado; Conselho de Estado; Consultoria Jurídica do Governo; Controle de Legalidade – Administrative Litigation.

Keywords: State Attorney; Council of State; Government Legal Counsel; Legality Control - Control of Public Administration.

Sumário: 1 Introdução. 2 Primeira parte: o Conselho de Estado Francês. 2.1 Algumas linhas sobre a formação evolutiva do Conselho de Estado. A. O Conselho do Rei. B. O Conselho de Estado como instituição autônoma e independente. 2.2 As principais competências do Conselho de Estado. A. Função de aconselhamento. B. Função de juiz administrativo supremo. 3 Segunda parte. As procuradorias de Estado no Brasil. 3.1 As competências comuns entre as procuradorias de Estado no Brasil e o Conselho de Estado na França. A. Função de aconselhamento. B. Função de juiz administrativo. 3.2 As competências latentes da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul. A. Função de aconselhamento *summus gradus*. B. Contencioso Administrativo em potencial. 4 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio propõe-se a fazer um estudo comparativo entre algumas das funções desempenhadas pelas Procuradorias do Estado brasileiras naquilo que são semelhantes às missões institucionais do Conselho de Estado francês.

Instituição tradicionalmente encarregada de prestar consultoria jurídica ao governo, desde a monarquia, passando pelo império até a república dos dias de hoje, o Conselho de Estado é também a espinha dorsal do contencioso administrativo, sistema peculiar de solução de controvérsias que visa à preservação da pureza da teoria da separação dos poderes e que impede o conhecimento pelo Poder Judiciário de todo e qualquer litígio decorrente das relações entre os cidadãos e a administração pública.

Essas duas missões institucionais do Conselho de Estado que são a função consultativa e a função de juiz administrativo supremo, hoje bem consolidadas, podem ser comparadas com prerrogativas que de mais a mais assume a Procuradoria do Estado no Brasil, tanto no que se refere à prestação de consultoria jurídica à administração pública, quanto no que se refere ao seu papel correicional, que muito se assemelha com o contencioso administrativo francês, guardadas algumas proporções e diferenças.

Muito embora na França muitas das atribuições do Conselho de Estado se assemelhem, nesse aspecto, às missões institucionais da Advocacia-Geral da União no Brasil, em virtude das matérias tratadas, a comparação é também passível de ser feita com as Procuradorias de Estado, porquanto questões que no Brasil são da competência do Procurador do Estado, são na França igualmente de competência do Conselheiro de Estado.

Isto porque a França, apesar de ser um país federativo (dividido em regiões) como o Brasil (dividido em Estados-membros), não possui uma instituição em nível estadual ou municipal que faça as vezes do que seria a Procuradoria do Estado. Assim, o Conselho de Estado francês, quer no exercício da função consultativa, quer no exercício da função de juiz administrativo, é levado a conhecer matérias tanto de nível federal quanto de nível estadual ou municipal, facilitando, portanto, a sua comparação quer com a carreira da Advocacia-Geral da União (que não será aqui abordada) quer com a carreira da Procuradoria-Geral do Estado.

Além de comparar as duas instituições, Conselho de Estado e Procuradoria do Estado, o presente ensaio propõe-se a analisar algumas das prerrogativas latentes desta em comparação com as prerrogativas já consolidadas daquela, partindo da premissa de que ambas possuem como missão histórica o aconselhamento de governo, bem como o dever de facilitar a execução das políticas públicas por aquele eleitas, dentro dos limites da legalidade.

Para se cumprir os objetivos propostos nesse ensaio, o método de abordagem será o histórico-comparativo, analisando-se primeiramente como se consolidaram as funções do Conselho de Estado francês ao longo dos séculos, chegando-se aos dias de hoje, bem como quais são as características que o marcam.

A partir desta análise, se buscará comparar a semelhança dessas atividades com algumas das atribuições da Procuradoria do Estado no

Brasil para, ao fim, a partir da experiência retirada da instituição mais antiga, fazer algumas proposições acerca do fortalecimento da função de aconselhamento e da função de juiz administrativo especificamente para a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, a partir do que permitem os textos legais atualmente em vigor.

2 PRIMEIRA PARTE: O CONSELHO DE ESTADO FRANCÊS

Falar sobre o Conselho de Estado francês exige a abordagem primeiramente da sua formação evolutiva (I), porquanto se trata de instituição cujas origens remontam à Idade Média e à época da monarquia e que foi moldada pelo transcurso do tempo, sendo esse o caminho necessário para que se possa compreender de que maneira foram se consolidando suas principais competências (II).

2.1 Algumas Linhas sobre a Formação Evolutiva do Conselho de Estado

De origem que remonta à Era Medieval, o atual Conselho de Estado possui duas fases históricas bem distintas, podendo ser divididas em (A) Conselho do rei, cuja tradição colaborou para a consolidação das competências do que hoje se conhece por (B) Conselho de Estado enquanto Instituição autônoma e independente, cuja relevância reforça-se à época do império napoleônico e se enraiza na república.

A – O CONSELHO DO REI

As origens do Conselho de Estado remontam à história de monarquia francesa e à época em que o rei possuía um poder absoluto. Mas embora dotados de amplos poderes para decidir acerca dos mais diversos assuntos que diziam respeito ao reino, ainda não estruturado sob a forma de Estado, os reis utilizavam-se de um sistema de aconselhamento com vistas à tomada de decisão, em um período em que a monarquia ainda lutava para se impor diante das poderosas estruturas feudais.

É assim que na Idade Média a denominada *curia regis* foi sendo constituída de figuras importantes próximas do rei, os quais lhe auxiliavam tanto na

administração do reino quanto no exercício da justiça. Essas referências ao conselho do rei começam a ser encontradas especialmente a partir do século XII no reinado de Luis VII, em uma conhecida referência sua em que afirma “*Interventu etiam illorum qui di nostro consiglio erant*”¹. Nessa época, o rei costumava solicitar o ponto de vista de figuras importantes, como membros do clero, barões e de seus sucessores.

A partir do século XIII, o Conselho do Rei começa a se especializar, surgindo então o Parlamento, encarregado de gerir alguns assuntos relacionados à justiça, e a Câmara de Contas, dotada de funções contábeis. Passaram a existir duas espécies de membros, os denominados *maîtres de requêtes* e os *conseillers d’État*, sendo que os primeiros reportavam as questões administrativas e judiciárias ao Conselho e os segundos deliberavam juntamente com o rei.

A expressão *Conselho de Estado* somente apareceu no século XVI, durante o reinado de Henrique III, possuindo então não somente as funções de governo interior do reino, mas também as funções relacionadas ao contencioso administrativo. É no entanto sob o reinado de Luis XIV que o Conselho de Estado ganha novos contornos, sendo que somente a partir do século XVII passaram a existir advogados atuando perante o Conselho, constituindo um corpo próprio. No entanto, a Instituição ainda servia como aparato de aconselhamento do monarca, cuja última palavra a ele cabia.

Às vésperas da Revolução Francesa, surgiram algumas inovações na estrutura do Conselho de Estado, sendo em 1777 a criação do Comitê contencioso de finanças e, em 1789, o Comitê contencioso de departamentos, consistente em uma separação em ministérios relacionada aos mais diferentes assuntos atachados à sua competência.

B – O CONSELHO DE ESTADO COMO INSTITUIÇÃO AUTÔNOMA E INDEPENDENTE

A partir de 1790, coloca-se em prática na sua plenitude a teoria da separação dos poderes que se consolidava na Europa, de tal sorte que houve uma bem demarcada separação entre a autoridade administrativa e a autoridade judiciária. Desse modo, todo e qualquer assunto relacionado à

1 Termo em latim que em francês significa “*après l’intervention de ceux de notre Conseil*”, ou seja, “após a intervenção daqueles que compõem nosso Conselho”.

administração do Estado passou a ser submetido única e exclusivamente ao Conselho de Estado, culminando com a criação, em 1799, de uma jurisdição particular. É assim que se fortalece na França o denominado contencioso administrativo, sendo de competência de julgamento pelo Conselho de Estado as questões envolvendo a administração pública, não oponíveis em nenhuma hipótese ao Poder Judiciário.

Com esse espírito a Constituição de 13 de dezembro de 1799 organiza o Conselho de Estado, que ora recebe uma dupla missão: de um lado, de participar da redação de textos de lei importantes e, de outro, solucionar litígios ligados à administração pública.

Foi nesse período, agora não mais monárquico, mas imperial, que o Conselho de Estado francês ganhou grande espaço, especialmente em função da preparação dos Códigos Napoleônicos. Em seguida, com o Imperador Napoleão III, a partir de 1852, a Instituição adquire ainda maior prestígio, criando uma jurisprudência administrativa rica.

Com o advento da Terceira República, em especial por meio da Lei de 24 de maio de 1872, o Conselho de Estado adquire enfim a estrutura existente até os dias de hoje, instalando-se então no Palais-Royal em 1875.

Durante a II Guerra Mundial, a França se dota de um conselho jurídico, criando-se uma Comissão de Legislação e um Comitê de Contencioso que funciona por alguns meses, sucedido pelo Comitê jurídico criado em Alger em 1943 e que continua a funcionar paralelamente ao Conselho de Estado, substituindo-o no que pertine ao exame de textos legislativos. É somente em 1945 que este comitê desaparece, fazendo nascer uma nova formação consultiva ao Conselho de Estado, denominada Comissão permanente. Essa função é criada pela Portaria de 31 de julho de 1945, consolidando a competência consultiva do Conselho de Estado porquanto regida pela exigência de consulta obrigatória atinante a todo e qualquer projeto de lei, cuja obrigatoriedade se estende até os dias de hoje.

O período subsequente à II Guerra Mundial e a retomada das atividades do Conselho de Estado foi de organização da jurisdição administrativa. Em 1953, os tribunais administrativos sucedem os conselhos de prefeitura, recebendo uma competência bastante alargada, uma vez que seus membros tornaram-se juízes de direito comum das questões de primeira instância do contencioso administrativo ao passo que o Conselho de Estado tornou-se juiz de apelação dessas questões.

Com a Constituição de 1958, a Instituição ganha ainda maior evidência diante de um texto expresso contendo os diferentes casos de consulta obrigatória do Conselho de Estado.

Por fim, completando a ordem jurisdicional atualmente existente, a lei de 31 de dezembro de 1987 cria as Cortes Administrativas de apelação, atualmente em número de oito, competindo ao Conselho de Estado, desde então, atuar como Corte de Cassação desasas novas Cortes, por isso passando a ser chamado de juiz administrativo supremo.

2.2 As Principais Competências do Conselho de Estado

A partir de sua conformação atual, edificada ao longo de alguns séculos, pode-se dizer que o Conselho de Estado exerce duas missões históricas, quais sejam, a função de aconselhamento do governo (A) e a função de julgamento de litígios decorrentes de atos administrativos, constituindo-se na coluna vertebral do contencioso administrativo, porquanto exerce a função de juiz administrativo supremo (B).

A – FUNÇÃO DE ACONSELHAMENTO

A função de aconselhamento releva da Constituição da França, cujos artigos 37, 38 e 39 determinam a obrigatoriedade de parecer prévio do Conselho de Estado para os projetos de lei cuja origem é do Poder Executivo e, desde a reforma constitucional de 23 de julho de 2008, o Conselho de Estado pode também ser demandado pelo Presidente da Assembleia Nacional ou do Senado acerca de uma proposição de lei elaborada pelos parlamentares.

A obrigatoriedade de parecer consultivo também se dá nas hipóteses de modificação de decretos anteriores à Constituição de 1958 e projetos de normas de hierarquia inferior às leis que comportem disposições que normalmente adviriam de normas superiores.

Para outros casos, o governo é livre para mencionar ou não em um decreto a obrigação de consultar o Conselho, sendo que se o menciona, a consulta se torna obrigatória. No entanto, o governo recorre seguidamente a esta garantia que constitui o parecer do Conselho, ainda que não se trate de um caso de obrigatoriedade.

De todo modo, acionado o Conselho, desde sua chegada ao Palais-Royal, o projeto é enviado a uma das seções administrativas², em função do Ministério a que a norma está vinculada. O Presidente dessa seção afeta o projeto a um de seus membros que servirá como relator, o qual terá uma função primordial: após tomar conhecimento do conteúdo do projeto, convocando uma ou várias reuniões com os representantes dos ministérios concernidos, podendo requerer o envio de peças complementares a fim de melhor confeccionar seu parecer.

Assim que o relator assume sua posição sobre um texto legal, o mesmo toma a forma de um texto do relator, anexado de suas razões pelas quais o modificou, bem como de um texto de apresentação em que analisa as finalidades do projeto, sua economia e as questões jurídicas dele advindas.

A análise pelo Conselho de Estado repousa sobre alguns aspectos particulares do texto. Primeiramente, devem ser analisadas todas as questões relacionadas à legalidade, começando pela conformidade às normas constitucionais, sejam elas advindas da própria Constituição, sejam elas decorrentes dos princípios decorrentes da jurisprudência do Conselho constitucional. Em seguida, o Conselho de Estado realiza o controle de convencionalidade sobre o texto, verificando se o mesmo encontra-se conforme às convenções internacionais assinadas pela França, bem como às diretivas da União Europeia.

Ainda no que pertine ao controle da legalidade das normas, o relator irá igualmente analisar se o texto respeita os princípios gerais do direito, tratando-se de princípios de hierarquia elevada e que se sobressaem em especial da própria jurisprudência do Conselho de Estado (igualdade perante o serviço público, garantia dos direitos de defesa, direito a uma vida familiar normal) e do Conselho constitucional, aportando uma atenção particular às garantias formais das liberdades públicas³.

2 São as seguintes as seções administrativas: a seção do interior tem por missão examinar os projetos de textos relativos aos princípios constitucionais, liberdades públicas, regime de pessoas, poderes públicos e estabelecimentos de utilidade pública; a seção de finanças examina projetos de textos relativos a finanças, como impostos, taxas, questões orçamentárias, contábeis, econômicas e financeiras; a seção de trabalhos públicos tem por finalidade analisar os textos relacionados à proteção do meio ambiente, habitação, urbanismo, minas e energia, comunicações, transporte, propriedade e domínio públicos, utilidade e segurança públicas, agricultura, caça e pesca; a seção social tem por missão examinar os projetos de textos relativos à saúde, seguridade e ação social, trabalho e emprego; e a seção de administração se ocupa dos projetos que tratam da defesa, organização e gestão da administração e dos agentes públicos.

3 LATOURNERIE, Dominique. *Le Conseil d'État*. Paris : Dalloz, 2005, pp. 17-18.

Sobre o controle de convencionalidade, tem-se consagrado de forma crescente a questão da análise da compatibilidade das normas internas com o direito internacional e o direito comunitário. Trata-se de uma evolução marcada pela decisão contenciosa *Nicolo*, de 1989, em que o Conselho de Estado admitiu a eventualidade de rejeitar a aplicação de uma lei incompatível com um tratado internacional, mesmo que a lei interna seja posterior ao tratado. Assim, esse controle destina-se a proteger em especial os direitos humanos, dando-se atenção particular à Convenção europeia de direitos humanos, aos pactos das Nações Unidas e à jurisprudência da Corte de Strasbourg. Além disso, desde 2003 o Conselho de Estado é consultado sobre as proposições de atos comunitários em curso de negociação no seio da União Europeia, proposições essas que podem ter um impacto importante sobre o direito interno, inclusive com modificação eventual da Constituição.

Afora esse largo controle de legalidade feito sobre o texto, o Conselho tem competência para efetuar um controle de oportunidade, pertencendo-lhe a faculdade de se assegurar se as disposições do projeto bem respondem às finalidades que o governo se propõe a cumprir, incumbindo-lhe chamar a sua atenção acerca das dificuldades que a aplicação da nova norma pode encontrar, uma vez que a análise pelo Conselho de Estado tem também por finalidade auxiliar o governo a aprovar o melhor texto normativo possível para atender seus próprios objetivos.

Feito todo esse diagnóstico, seja de legalidade, seja de oportunidade, o texto enviado pelo Poder Executivo deixa de ser utilizado, passando as discussões subsequentes a serem feitas tendo como base o texto do relator. Discutida e aprovada a nova redação no âmbito do Conselho de Estado (e dependendo da complexidade do projeto, discutido no seio da assembleia geral do Conselho, na presença de todos os conselheiros de Estado), o texto é enviado ao governo.

Além dos pareceres sobre os projetos de normas que o governo solicita ao Conselho de Estado, este também elabora pareceres sobre questões do governo, com fundamento no artigo L. 112-2 do Código de justiça administrativa francês⁴.

4 Code de Justice Administrative Français. Article L. 112-2 « Le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative.

Os pedidos de pareceres formulados pelo Poder Executivo (ou pelas coletividades de ultra-mar francesas, regidas pelos artigos 74 e 77 da Constituição francesa) podem ter por objeto questões jurídicas ou são concernentes a uma política pública. Nesses casos, os pareceres são feitos por uma das cinco seções administrativas do Conselho de Estado (interior, finanças, trabalhos públicos, social e administração) em função da origem do texto examinado. Da mesma forma, eles são posteriormente analisados pela Assembleia geral do Conselho de Estado para as questões mais delicadas e complexas.

Na prática, esses pareceres do Conselho de Estado fazem um balanço sobre o Estado de direito. Eles determinam o quadro que o Conselho de Estado estima ser o melhor a fim de garantir a viabilidade e a segurança jurídica necessárias a uma ação do governo, possuindo largo alcance em virtude das matérias tratadas.

Além disso, o governo pode submeter ao Conselho de Estado uma questão que coloque um problema jurídico particular a fim de que por ele seja elucidada.

Como exemplos, podem ser citadas inúmeras situações, das mais comuns às mais polêmicas.

Menciona-se questionamentos como relacionados ao limite de idade de dirigentes de estabelecimentos públicos estatais, após a reforma da lei da aposentadoria⁵, à constitucionalidade de tributo sobre rendas elevadas⁶, ou ao conceito de “carência manifesta” de uma empresa, o qual enseja uma série de consequências jurídicas em matéria tributária⁷.

Disponível em: <https://goo.gl/m927X6>. Acesso em 11. Ago. 2016.

5 Avis n° 387.104 – 6 décembre 2012: o Conselho de Estado é consultado acerca do alcance do artigo 7 da lei n° 84-834/84, modificada relativa ao limite de idade no setor público, precisamente quanto à qual a idade a ser aplicada. Disponível em: http://www.conseil-etat.fr/content/download/3400/10228/version/1/file/avis_387104.pdf. Acesso em 12. Ago. 2016.

6 Avis n° 387402 – 21 mars 2013: O Conselho de Estado é consultado sobre as condições de constitucionalidade de uma contribuição sobre renda elevada, análoga à contribuição inicialmente prevista pelo artigo 12 da lei de finanças de 2013 e declarada contrária à constituição por decisão do Conselho Constitucional (Decisão de n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012). Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/content/download/4041/12151/version/1/file/avis-2013-%E2%80%93-fin-387402.pdf>. Acesso em 12. Ago. 2016.

7 Avis n° 385.088 - 24 mai 2011: Consulta ao Conselho de Estado acerca do conceito de “carência manifesta”, cujas consequências jurídicas em matéria tributárias são diversas, na hipótese em que uma empresa registra perdas por decorrência de uma operação conforme a seu objeto social, embora traduzindo um risco excessivo que uma melhor organização do controle interno teria podido evitar. Disponível em http://www.conseil-etat.fr/content/download/1603/4837/version/1/file/385088_avis.pdf. Acesso em 12. Ago. 2016.

O Conselho de Estado se pronuncia também sobre questões jurídicas que ensejam grande controvérsia, como foi o caso do questionamento sobre a compatibilidade do porte do véu islâmico em razão do princípio da laicidade da escola pública⁸, início da discussão que possibilitou a aprovação da lei que proibiu o porte de símbolos religiosos nos prédios públicos franceses, em níveis municipal, estadual e federal. Este foi igualmente o caso, em 1996, quando se colocou ao Conselho de Estado a questão da existência, por certas categorias de estrangeiros em situação irregular, de um direito à regularização⁹.

B – FUNÇÃO DE JUIZ ADMINISTRATIVO SUPREMO

A jurisdição administrativa, ou contencioso administrativo, é uma originalidade francesa. Na França coexistem duas ordens jurisdicionais, e embora seja a jurisdição administrativa bem menos conhecida que a jurisdição judiciária, possui ela um papel essencial em matérias que tocam diretamente a vida das pessoas, tais como eleições locais, permissão de construir, tributação, proteção de liberdades públicas.

A questão da separação das funções do Estado teve seu berço na França com Montesquieu e continua sendo pedra de toque do regime jurídico francês, encontrando-se no âmago do sistema do contencioso administrativo. É por isso que não se entende admissível que o Poder Judiciário possa decidir questões que são da seara de decisão exclusiva do Poder Executivo. Por essa razão, desde a implementação da teoria da *séparation des pouvoirs*, matérias de natureza administrativa são de competência de julgamento do Conselho de Estado, juiz supremo do contencioso administrativo. Para o regime jurídico francês, qualquer estrutura diversa seria colocar a separação dos poderes apenas em nível teórico, ou o mesmo que sepultá-la.

Mesmo com toda a reforma ocorrida após a Revolução Francesa¹⁰, não se alterou a separação da competência do Poder Judiciário no que tange

8 Avis n° 346.893 – 27 novembre 1989. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/content/download/635/1933/version/1/file/346893.pdf>. Acesso em 12. Ago. 2016.

9 Avis n° 359 622 - 22 août 1996. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/content/download/640/1948/version/1/file/359622.pdf>. Acesso em 12. Ago. 2016.

10 « *Tout en s'abandonnant sans mesure à sa haine contre les institutions de l'ancien régime, l'Assemblée constituante sentait, sans peut-être en bien saisir la raison, que la justice administrative était une institution nécessaire.* » DARESTE, R. *Études sur les origines du contentieux administratif en France*. Paris : Auguste Durand Libraire Éditeur, 1855, p. 86.

à impossibilidade de julgamento de matérias afetas ao Poder Executivo, justamente devido à importância sacramental dada à separação dos poderes.

A *loi du 24 août 1790* trouxe em seu corpo a reafirmação do princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias, cabendo à jurisdição administrativa a anulação ou a reforma de decisões tomadas, no exercício das prerrogativas do poder público, pelas autoridades que exercem o Poder Executivo, seus agentes, as coletividades territoriais e os órgãos públicos localizados sob sua autoridade ou seu controle.

Desde 1987, o Conselho Constitucional francês reconheceu a separação dos poderes como sendo princípio fundamental reconhecido pelas leis da república¹¹, declarando inconstitucional uma lei que transferia ao Poder Judiciário o contencioso das decisões advindas do conselho da concorrência. Essa declaração de inconstitucionalidade da lei se deve ao fato de que o contencioso dessas decisões deve ficar afeto ao contencioso administrativo, reconhecido o valor constitucional da separação dos poderes.

Atualmente, a justiça administrativa na França propicia que o juiz administrativo anule ou reforme decisões tomadas pelo Estado, condene uma pessoa pública a pagar uma indenização, assegurando a garantia dos direitos da pessoa e das liberdades públicas no seu dia-a-dia, constituindo-se no guardião do Estado de direito na relação das pessoas com as autoridades públicas.

Para bem cumprir esse mister, existem na França quarenta e dois Tribunais Administrativos e oito Cortes Administrativas de apelação¹², cabendo ao Conselho de Estado o papel de juiz de cassação dos dois anteriores. Mas o Conselho de Estado é também juiz de primeira instância no que concerne a algumas decisões cujos litígios são de importância particular.

Aos Tribunais Administrativos e às Cortes Administrativas de apelação, que possuem uma competência residual de direito comum, se somam as jurisdições administrativas especializadas, consistentes na Corte de contas, Corte de disciplina orçamentária e financeira, Comissão central de auxílio social, Conselho superior da magistratura em matéria disciplinar, Seções

11 Décision 224 DC du 23 janvier 1987. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1987/86-224-dc/decision-n-86-224-dc-du-23-janvier-1987.8331.html>. Acesso em 13. Ago. 2016.

12 Disponível em : <http://www.conseil-etat.fr/Tribunaux-Cours/La-jurisdiction-administrative>. Acesso em 13. Ago. 2016.

disciplinares de ordem profissional e a Corte nacional de direito de asilo. O controle de cassação sobre essas decisões é também exercido pelo Conselho de Estado.

Segundo informações oficiais¹³, em dez anos, o número de casos levados ao juiz administrativo aumentou noventa e seis por cento, sendo em cento e sessenta e quatro por cento o aumento perante as Cortes administrativas de apelação. Nesse sentido, os domínios tradicionais do contencioso administrativo tais como impostos, contratos administrativos, funções públicas e polícia administrativa são de extrema importância. Da mesma forma, a multiplicação de autoridades públicas e a renovação de políticas públicas acabam por traduzir e alargar o campo de aplicação do direito público e do domínio de competência do juiz administrativo.

Esse campo de aplicação, no que tange ao controle de legalidade feito na seara da jurisdição administrativa, possui algumas nuances. De um lado, o juiz administrativo possui competência e legitimidade para anular o ato por ausência de legalidade; de outro lado, não pode ele se substituir totalmente à administração porquanto essa missão não lhe é permitida pela Constituição ou pela tradição republicana, não podendo paralisar a ação da administração, esta sim investida de missões de interesse geral, tais como assegurar a ordem pública e fazer funcionar os serviços públicos.

No que tange à verificação da legalidade¹⁴, o direito administrativo francês propõe um controle denominado sistemático. Cabe ao juiz administrativo analisar os motivos invocados pela administração e para o caso de estes não serem verificados, a legalidade não está satisfeita. Em seguida, o controle sistemático propõe o controle dos motivos de direito, que compreende três espécies: o controle normal (verificação dos fatos invocados lhes comparando com o direito aplicável), o controle mínimo (controle sobre erro de direito ou erro de fato, ou desvio de poder) e o controle máximo (controle sobre interesses dos cidadãos que são superiores aos da administração, como é o caso do exercício das liberdades públicas).

Quanto aos efeitos da anulação dos atos da administração, os mesmos são em geral retroativos. A esse respeito, porém, no contencioso administrativo

13 *Idem*.

14 FLORENT, Blanco. *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires Aix-Marseille, 2010.

francês existe a figura da *modulação de efeitos da anulação do ato administrativo*. A esse respeito, é bastante elucidativa a decisão 11 mai 2004¹⁵, que trata do poder reconhecido ao juiz administrativo de modular no tempo os efeitos de uma anulação contenciosa. Entende a jurisdição administrativa que se a anulação de um ato administrativo significa em princípio que este ato é reputado como nunca tendo existido, mas o ofício do juiz pode concluir, excepcionalmente, quando as consequências de uma anulação retroativa forem manifestamente excessivas para os interesses públicos e privados afetados, pela modulação no tempo dos efeitos da anulação que ele pronuncia.

Na função de juiz administrativo do Conselho de Estado, faz-se sentir em grande medida também a construção de significações pela jurisprudência administrativa, como no que diz respeito à discussão sobre princípios elevados à seara constitucional, tais como o da dignidade humana, ao conteúdo do poder de polícia e ao conceito de ordem pública.

Em uma só decisão, nesse sentido, o Conselho de Estado, reconhecendo o princípio da dignidade humana como componente da ordem pública¹⁶, julgou o alcance do poder de polícia.

Trata-se da Decisão n° 1136727 du 27 octobre 1995¹⁷, em que o Conselho de Estado, por sua Assembleia do contencioso, entendeu que a atração de « *lancer de nains* »¹⁸ que conduz a utilizar uma pessoa com deficiência física como se fosse um projétil, apresentando-a como tal, ofende, por seu objeto, a dignidade da pessoa humana, caso em que a sua proibição havia sido ilegal, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares.

Reconhecendo às autoridades de polícia municipal o poder de proibir espetáculos suscetíveis de perturbar as consciências por conterem ofensas à dignidade da pessoa humana, o Conselho de Estado demonstrou por sua jurisprudência que a ordem pública não poderia se definir como puramente

15 Décision n° 255866, du 11 mai 2004. Disponível em <https://goo.gl/wz83UX>. Acesso em 13. Ago. 2016.

16 A salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda forma de escravização ou degradação já havia sido elevada à linha de valor constitucional pelo Conselho constitucional por meio da Decisão n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, p. 100.

17 Disponível em <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=9&fond=DCE&texte=Commune+de+Morsang-sur-Orge&Page=3&querytype=simple&NbEltPerPage=4&Pluriels=True>. Acesso em 13. Ago. 2016.

18 Lançamento de anões.

material e exterior, mas recoberta por uma concepção humana, a qual os poderes públicos devem fazer respeitar. A esse propósito é interessante observar que na mesma decisão, deixou o Conselho de consagrar a moralidade pública como um componente da noção de ordem pública, deixando portanto de interpretar demasiado largamente os poderes de polícia da autoridade administrativa.

A jurisprudência administrativa do Conselho de Estado é também importante acerca da responsabilidade do Estado¹⁹, da superioridade dos tratados sobre as leis²⁰ e da obrigação da administração de anular atos administrativos ilegais²¹, tendo sempre sido de vanguarda no que toca à criação de teorias e institutos em matéria de direito administrativo, como foi o caso do desenvolvimento da *théorie du bilan*, ou teoria do balanço, apreciada por ocasião do *affaire de Ville Nouvelle-Est*²², em que analisou a desapropriação em razão de utilidade pública.

O Conselho de Estado considerou que uma operação somente pode ser legalmente declarada de utilidade pública se as lesões à propriedade privada, o custo financeiro e eventualmente os inconvenientes da ordem social que ela comporta não são excessivos em comparação ao interesse que ela representa. Com esse raciocínio, colocou-se a partir de então em balanço as vantagens do projeto com seus inconvenientes, quer se tratem de seu custo, de suas repercussões sobre o meio ambiente e de suas consequências sobre a propriedade privada.

19 Décision du 10 avril 1992 – Affaire Epoux V.

20 Décision du 20 octobre 1989 – Affaire Nicolo.

21 Décision du 3 février 1989 – Affaire Compagnie Alitalia. Ver : GUYOMAR, Mattias. *Vingt ans après, d'Alitalia (1989) à Perreux (2009), juge du droit commun de l'application du droit de l'Union européenne*. Paris : Dalloz, 2016.

22 No ano de 1966, o governo havia decidido criar, à leste da cidade de Lille, um novo conjunto urbano comportando um complexo universitário destinado a acolher mais de trinta mil estudantes, além de uma nova cidade de vinte a vinte e cinco mil habitantes, o que teria um custo, à época, de um bilhão de francos e demandaria a expropriação e demolição de uma centena de casas habitadas. A operação havia sido decretada de utilidade pública e uma associação demandou ao Conselho de Estado sua anulação, sob o argumento de que a destruição das casas não seria de utilidade pública. Tradicionalmente, o juiz administrativo, até então, verificava se a operação era de utilidade pública *in abstracto*, sem levar em conta os inconvenientes do projeto. Na espécie, a assembleia do contencioso, considerando o conjunto do projeto, considerou que a necessidade de destruir algumas casas não desnatura o caráter de utilidade pública. No controle de balanço, o juiz administrativo experimenta um aumento em suas competências porquanto analisa a importância das ofensas à propriedade privada, os inconvenientes da ordem sociais e a outros interesses públicos, sem contudo controlar a escolha operada pela administração.

Trata-se de jurisprudência assentada no Conselho de Estado, utilizada tanto em hipóteses de manutenção dos atos administrativos²³, tanto em hipóteses de anulação²⁴.

Enfim, são inúmeras as hipóteses em que o contencioso administrativo francês tem se mostrado à frente na produção da jurisprudência, cabendo esse protagonismo ao Conselho de Estado, cuja postura proativa tornou-se ao longo dos séculos cada vez mais indispensável ao Poder Executivo na implementação de seu plano de governo, de um lado voltado às questões de oportunidade eleitas por cada gestor, mas de outro lado asseguradas pela observância de aspectos de legalidade e de exequibilidade, garantidores de segurança jurídico-financeira.

3 SEGUNDA PARTE: AS PROCURADORIAS DE ESTADO NO BRASIL

Em uma análise quantitativa, as Procuradorias de Estado no Brasil possuem um número de competências muito mais ampla do que o Conselho de Estado francês. Esse ensaio, no entanto, limitando-se a fazer um estudo comparativo dessas competências, irá se restringir a analisar aquelas atribuições que se assemelham, que são justamente as funções consultiva e a função de juiz administrativo que possui o Procurador do Estado.

Para bem cumprir a análise comparativa, não se faz necessário aqui explorar a evolução das Procuradorias do Estado no Brasil, cujo histórico já é bastante conhecido de todos, trazendo mais proveito, isto sim, partir para a análise das competências que são comuns entre a Procuradoria-Geral do Estado no Brasil e o Conselho de Estado na França (I), para posteriormente analisar-se as competências latentes da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul (II).

23 Ass. 28 mars 1997, *Fédération des comités de défense contre le tracé est de l'autoroute A 28*, p. 123.

24 Embora menos incidentes os casos de anulação, porquanto a teoria do balanço há longa data possui um papel preventivo no seio da administração pública francesa, já que o Conselho de Estado é em geral consultado por meio de sua seção de trabalhos públicos no que tange às declarações de utilidade pública declaradas pelo governo, algumas operações são objeto de anulação, como foi o caso dos trabalhos de construção da autoestrada A400, cujo custo financeiro, de mais de 2,6 bilhões de francos para 35 quilômetros, foi considerado como excedente ao interesse público, tendo em vista o tráfego de veículos esperado (Ass. 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne et autres*, p. 120).

3.1 As Competências Comuns entre as Procuradorias de Estado no Brasil e o Conselho de Estado na França

Entre as competências das Procuradorias de Estado no Brasil encontram-se em geral o exercício da representação judicial do Estado, a prestação de consultoria jurídica à administração pública, o patrocínio de ações civis públicas e ações de improbidade administrativa, o desenvolvimento de advocacia preventiva compreendida a elaboração de diplomas normativos, a realização de processos administrativo-disciplinares e a representação da administração pública perante os Tribunais de Contas e Tribunais Internacionais.

Para melhor comparar algumas dessas competências com as desempenhadas pelo Conselho de Estado francês, as mesmas serão aqui classificadas em função de aconselhamento (A) e função de juiz administrativo (B).

A – FUNÇÃO DE ACONSELHAMENTO

Dentre as funções de aconselhamento desempenhadas pelas Procuradorias dos Estados no Brasil encontram-se mais sedimentadas a prestação de consultoria jurídica à administração pública e a elaboração de diplomas normativos.

Por meio da atividade de consultoria, o Procurador do Estado efetua proposições jurídico-normativas e dela se serve a fim de promover a unificação da jurisprudência administrativa do Estado, conforme prevê, no Estado do Rio Grande do Sul, o artigo 7º da Lei Complementar Estadual nº 11.742/2002²⁵.

A atividade de consultoria jurídica, com assento constitucional no Estado do Rio Grande do Sul por força do artigo 115 da Constituição Estadual²⁶, constitui-se em função privativa do Procurador do Estado, como

25 Art. 7º. As autarquias estaduais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas com participação do Estado, assim como suas respectivas subsidiárias, as fundações de direito público e as demais fundações instituídas ou mantidas pelo Estado e, ainda, as concessionárias e permissionárias de serviço público estadual ficam adstritas à observância da jurisprudência administrativa do Estado, no que couber.

26 Art. 115. Competem à Procuradoria-Geral do Estado a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, além de outras atribuições que lhe forem cometidas por lei, especialmente: I – propor orientação jurídico-normativa para a administração pública, direta e indireta; II – pronunciar-se sobre a legalidade dos atos da administração estadual; III – promover a unificação da jurisprudência administrativa do Estado; IV – realizar processos administrativos

já decidiu a Corte Suprema brasileira, em decisão de caráter vinculante, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4261/RO²⁷, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE.

Por assim ser, qualquer prestação de orientação jurídica à administração pública que não por Procurador do Estado constitui-se em usurpação de função pública, porquanto configurado o desempenho de atividade privativa da advocacia pública sendo exercido por sujeito outro que não o investido constitucionalmente para esse mister.

A usurpação de função pública, registre-se, configura crime contra a administração pública, previsto pelo artigo 328 do código penal²⁸, sendo aconselhada ao Procurador do Estado a iniciativa da *notitia criminis* em tomando conhecimento da prestação de orientação jurídica à administração pública por pessoa diversa de membro componente da carreira, sem prejuízo da promoção de ação de improbidade administrativa tanto contra o agente prestador da consultoria jurídica indevida quanto contra o membro do Poder Executivo eventualmente solicitante da orientação.

Já no que pertine à elaboração de diplomas normativos, a tradição brasileira ainda não se encontra suficientemente amadurecida no sentido da homogeneidade

disciplinares nos casos previstos em lei, emitindo pareceres nos que forem encaminhados à decisão final do Governador V – prestar assistência jurídica e administrativa aos Municípios, a título complementar ou supletivo; VI – representar os interesses da administração pública estadual perante os Tribunais de Contas do Estado e da União.

27 EMENTA. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 500, DE 10 DE MARÇO DE 2009, DO ESTADO DE RONDÔNIA. ERRO MATERIAL NA FORMULAÇÃO DO PEDIDO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL REJEITADA. MÉRITO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE ACESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Conhece-se integralmente da ação direta de inconstitucionalidade se, da leitura do inteiro teor da petição inicial, se infere que o pedido contém manifesto erro material quanto à indicação da norma impugnada. 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente. Supremo Tribunal Federal. Min. Ayres Brito. DJ 154 de 20.08.2010.

28 Usurpação de função pública. Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único - Se do fato o agente auferir vantagem: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

da participação do Procurador do Estado no âmago do processo legislativo, com vistas à garantia da observância da convencionalidade e da constitucionalidade das normas.

Isto se deve, primeiramente, ao sistema federativo de Estado que confere autonomia aos Estados-membros inclusive na organização interna de cada poder, compreendido o Poder Legislativo, respeitadas alguns limites, mas sobretudo ao elevado grau de transitoriedade da cada legislatura, sabidamente regida pelo princípio da unidade.

Dessas duas características decorre que a análise da constitucionalidade dos textos legislativos (e pouco se fala ainda no Brasil em análise de convencionalidade) é em geral realizada internamente, por meio das denominadas comissões, encarregadas daquele mister que na França incumbe ao Conselho de Estado, como convocar membro do Poder Executivo para prestar esclarecimentos sobre o teor do texto em análise e fazer novas proposições a respeito de sua redação.

A situação ainda é agravada em decorrência do que postula o princípio da unidade da legislatura, porquanto cada uma delas tem assegurada absoluta independência, extinguindo-se ao final de cada legislatura todas as comissões temporárias anteriores, e com elas todas as suas assertivas, e, muito embora subsistindo as comissões permanentes, a renovação de seus membros confere-lhes uma certa solução de continuidade.

Não há, nesse sentido, como ocorre no sistema francês, obrigatoriedade de análise pela Procuradoria do Estado dos projetos de normas de autoria do Poder Executivo, nada impedindo que a Procuradoria seja diretamente demandada pelo governo de elaborar um projeto de lei de sua autoria, ou mesmo que um Procurador do Estado seja afetado a Secretarias de Estado estratégicas, com vistas, seja a elaborar esses textos, seja a conceder seu parecer acerca de sua constitucionalidade, como o que se começa a consolidar a uma função institucional típica de aconselhamento ao governo.

B – FUNÇÃO DE JUIZ ADMINISTRATIVO

O contencioso administrativo, tal como foi edificado pelo sistema jurídico francês, não é conhecido no Brasil, porquanto os litígios decorrentes de atos administrativos são resolvidos pelo Poder Judiciário, e não por um juiz administrativo.

Não se pode nem mesmo afirmar que no Brasil atualmente se adote a teoria da separação dos poderes, porque mesmo que concebida com um sistema de freios e contrapesos, que tanto inspirou a Constituição americana de 1787, no sentido de que as decisões de um poder possam ser controladas por outro, o ativismo judiciário brasileiro está a demonstrar a total supremacia de um poder sobre outro, a imiscuir-se um sobre assuntos que seriam de decisão privativa de outro.

Em um sistema que adote a separação de poderes, mesmo havendo freios e contrapesos, não se admitiria ao Poder Judiciário, por exemplo, decidir o orçamento da secretaria da saúde, ou a construção de uma estrada, interferindo no orçamento da secretaria de obras, ou definir quantas vagas devem ser abertas neste ou naquele estabelecimento prisional ou em uma escola, obstaculizando um planejamento anterior sob a premissa de que este planejamento é mal versado e, mais grave ainda, sob a premissa de que a receita pública é ilimitada.

Se a inquietação dos filósofos iluministas do século XVIII era a de controlar os poderes do rei, simbolizado então por Luis XIV, possivelmente a inquietação dos dias de hoje possa ser encontrar limites para uma nova monarquia que nasce frente aos quase ilimitados poderes decisórios do juiz, para o que o contencioso administrativo pode trazer algumas soluções.

Como afirmado anteriormente, a teoria da separação dos poderes na França adquiriu uma significação particular, que o próprio Conselho constitucional denominou de concepção francesa da separação dos poderes, porquanto resta proibido ao Poder Judiciário conhecer dos litígios afetos à administração. Entende-se dessa forma porque as decisões tomadas pelo Poder Executivo emanam de autoridades eleitas pelo sufrágio universal que agem em nome do interesse geral, por isso a instituição de uma jurisdição administrativa perante a qual os atos da administração possam ser contestados, distinta da autoridade judiciária.

Pois uma pequena demonstração do que pode ser o contencioso administrativo já existe de forma bastante consolidada nas Procuradorias de Estado brasileiras, ainda que com algumas nuances, justamente no que se refere à atribuição do Procurador do Estado de conduzir e emitir seu parecer em processos administrativo-disciplinares, cujo objeto é a apuração de ilícitos funcionais praticados pelo agente público vinculado ao Poder Executivo, com vistas a responsabilizá-lo por infração que praticou no exercício do cargo público que ocupa ou da função pública que exerce.

Trata-se de verdadeiro exercício do contencioso administrativo, porquanto regido pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tratando-se de verdadeira garantia constitucional, insculpida no artigo 5º, inciso LV, da CF, encontrando no Procurador do Estado, enquanto autoridade processante, um agente assegurado de sua observância.

Especificamente no Estado do Rio Grande do Sul, a disciplina do processo administrativo-disciplinar encontra-se na Lei Estadual nº 10.098/94, sendo de atribuição do Procurador do Estado a atuação como autoridade processante nas infrações sujeitas, em tese, à aplicação de pena de demissão. O Procurador do Estado possui também competência para emitir pareceres em todos aqueles processos administrativos-disciplinares que forem encaminhados ao Governador do Estado para decisão final.

Trata-se de uma espécie de semente do contencioso administrativo no Brasil, de prerrogativa impenhorável da Advocacia Pública que, se bem que sujeita a decisão final ao controle do Poder Judiciário, a mesma limita-se apenas a questões de legalidade, portanto de difícil reforma haja vista o compromisso do Procurador do Estado com a observância das leis.

3.2 As Competências Latentes da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul

Embora em maior número sejam as funções da Procuradoria do Estado se comparadas com as funções institucionais do Conselho de Estado francês, naquelas prerrogativas que ambas as instituições se assemelham (função de aconselhamento e função de julgamento), pode-se afirmar encontrar-se a atividade de consultoria e de contencioso administrativo mais consolidada e sedimentada na França do que no Brasil, e isto se dá muito seguramente em razão do próprio decurso do tempo, já que o Conselho de Estado francês existe desde a Idade Média e somente ao longo dos séculos foi podendo afirmar-se enquanto instituição.

Assim, se comparadas ambas as instituições, é também possível afirmar que as Procuradorias de Estado brasileiras encontram-se em avançado nível de evolução, especialmente considerando que não possuem sequer um século de existência e já desempenham funções que pelo Conselho de Estado passaram a ser cumpridas após mais de quatro séculos, como é o caso do contencioso administrativo.

A experiência da instituição mais antiga pode, no entanto, servir como inspiração, tantas são as missões latentes da Procuradoria do Estado, aqui considerando especificamente o caso do Estado do Rio Grande do Sul.

Nesse sentido, a especialização e o fortalecimento institucionais podem levar a um crescimento da função de aconselhamento em sua máxima possibilidade (A), havendo na Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul bastante evidenciado um contencioso administrativo em potencial (B).

A – FUNÇÃO DE ACONSELHAMENTO *SUMMUS GRADUS*

Para bem encontrar um caminho a seguir, a Procuradoria de Estado enquanto instituição política deverá apontar-se como órgão de aconselhamento do governo. Este é seu perfil institucional.

Se remontarmos à história da advocacia pública do Brasil, a encontraremos nas Ordenações Afonsinas, cujo Livro I, Título VIII (*sic*), já mencionava o *Procurador de Nossos Feitos*, patrono dos direitos da Coroa portuguesa²⁹, mencionado ainda nas Ordenações Manuelinas (Livro I, Título XI)³⁰ e posteriormente referido nas Ordenações Filipinas, agora dividido em *Procurador dos Feitos da Coroa* (Livro I, Título XII) e *Procurador dos Feitos da Fazenda* (Livro I, Título XII)³¹.

É essa a tradição histórica da Advocacia Pública, a de aconselhamento do Rei, ou de conselheiro do governo, um aconselhamento que serve para garantir segurança jurídica às opções de execução da política pública do Poder Executivo, sem se imiscuir no juízo de oportunidade e conveniência dessa escolha, mas com possibilidade de adentrar-se na análise da exequibilidade das opções adotadas.

Essa é uma primeira potencialidade que merece ser apontada no que tange à execução da função de aconselhamento: a Procuradoria do Estado exerce um papel de conselheiro de Estado, a quem o governo deve recorrer na qualidade de *partenariat* enquanto viabilizador seguro de suas opções políticas.

29 Universidade de Coimbra. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>. Acesso em 13. Ago. 2016.

30 Universidade de Coimbra. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/11ind.htm>. Acesso em 13. Ago. 2016.

31 Universidade de Coimbra. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 13. Ago. 2016.

A segunda potencialidade da função consultativa da Procuradoria do Estado é a prestação de assistência jurídica aos Municípios, a título complementar ou supletivo, faculdade essa que lhe é outorgada pela legislação estadual.

Trata-se de importante lacuna a ser preenchida pela Advocacia de Estado, de exercício de função consultativa há muito exercida pelo Conselho de Estado, cuja jurisprudência pode servir para demonstrá-la como pilar da consolidação dessa prerrogativa.

B – CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EM POTENCIAL

No que toca às potencialidades da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, são ainda maiores as possibilidades de extensão do contencioso administrativo.

Encontram-se entre as atribuições institucionais do Procurador do Estado a promoção do procedimento de controle de legalidade, o exercício da função correicional no âmbito da administração pública direta e indireta (desde que não invadidas as competências das corregedorias já instituídas) e o regimento do procedimento administrativo de indenização extrajudicial em face de danos decorrentes de atos da administração pública estadual.

Consiste o controle de legalidade em mecanismo de monitoramento dos atos dos agentes públicos que supostamente ajam em desacordo com a legalidade ou a probidade administrativa, incumbindo ao Procurador do Estado a instauração de expediente administrativo de apuração dos fatos, solicitando do agente a prestação de informações, podendo propor a retificação do ato conjugada com a elaboração de orientações ou mesmo a instauração de processo administrativo-disciplinar a fim de buscar uma punição mais severa de seu autor.

O exercício de função correicional, que pode ser realizado por meio do procedimento do controle de legalidade, é possível de ser viabilizado, da mesma maneira por outros procedimentos administrativos como averiguações preliminares ou sindicâncias e que merece ser fortalecido enquanto exercício de verdadeira atividade de contencioso administrativo, da qual não participa o Poder Judiciário.

A possibilidade de reger o processo administrativo de indenização extrajudicial em face de danos decorrentes de atos da administração pública

estadual depende de regulamentação própria para que seja colocada em prática pela Procuradoria do Estado, já se encontrando em considerável nível de desenvolvimento, por exemplo, no âmbito da advocacia pública municipal, como ocorre na cidade de São Paulo³² ou nas Juntas Administrativas de Indenizações da cidade de Porto Alegre, criadas pelo Decreto 12.619/99.

Nesse sentido, constitui um grande avanço a entrada em vigor da lei estadual nº 14.794/2015³³, a qual institui o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação, integrado ao sistema de Advocacia de Estado, e que cria no âmbito da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul uma verdadeira jurisdição administrativa, contendo uma instância ordinária (Câmaras de Conciliação e Mediação), e uma instância recursal (Conselho de Mediação Administrativa), cujas decisões fazem coisa julgada administrativa, conforme dispõe seu artigo 7º, §2º (*A transação administrativa homologada implicará coisa julgada administrativa e renúncia a todo e qualquer direito objeto da controvérsia*).

Nessa ordem de ideias, no sentido de ter-se a Procuradoria do Estado como protagonista de um incipiente contencioso administrativo no Brasil é que se pode inclusive começar a discutir a possibilidade de solução dos litígios de natureza fiscal em âmbito apartado do Poder Judiciário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Instituição que remonta ao século XII, o antigo Conselho do rei, atual Conselho de Estado acumula duas missões institucionais: a função de aconselhamento, na qual obrigatoriamente analisa projetos de textos legais cuja iniciativa é do Poder Executivo e resolve questões jurídicas que lhe são submetidas; e a função de juiz administrativo supremo, em que atua na qualidade de órgão decisório último na estrutura do contencioso administrativo.

Por seu turno, as Procuradorias do Estado no Brasil possuem um número de competências quantitativamente maior se comparadas ao Conselho de Estado, inobstante menos consolidadas as funções consultativa e de juiz administrativo, embora presentes.

Como função de aconselhamento, as Procuradorias de Estado no Brasil prestam consultoria jurídica à administração pública, de forma privativa,

32 Lei Estadual nº 14.141/2006

33 Com disposições semelhantes à Lei federal nº 13.140/2015, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

tratando-se de atividade que somente por ela pode ser prestada, sob pena de configuração de usurpação de função pública.

No que tange à elaboração de textos normativos, inexistente a obrigatoriedade no Brasil de análise dos mesmos pela Procuradoria do Estado a fim de que se faça a verificação de sua conformidade com o texto constitucional ou mesmo com as convenções internacionais assinadas pelo Brasil, muito embora exista a possibilidade de elaboração de minutas de projetos de lei pela Procuradoria-Geral do Estado, para normas de iniciativa do Poder Executivo.

No que toca à função de juiz administrativo, as Procuradorias de Estado brasileiras tem sua função mitigada por certo em virtude da inexistência do sistema de contencioso administrativo na ordem jurídica brasileira, ainda que esse contencioso se faça sentir discretamente entre as atribuições do Procurador do Estado, em especial no exercício do processo administrativo-disciplinar.

Trazendo a experiência do Conselho do Estado francês e tomando-se como parâmetro as prerrogativas legais, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul possui uma série de potencialidade no que concerne ao exercício das funções de aconselhamento e das funções de juiz administrativo.

Quanto às primeiras, cumpre-lhe assumir-se como verdadeiro Conselho de Estado, no sentido de órgão auxiliar do Poder Executivo no cumprimento de seu plano de governo de forma segura, o que significa fazê-lo nos limites da legalidade.

Além disso, cumpre reforçar sua potencialidade de prestação de assistência jurídica aos Municípios, a título complementar ou supletivo, relegada a segundo plano, para não dizer esquecida, mas que pode representar ganho de espaço no cenário político.

Quanto às funções de juiz administrativo, merecem fortalecimento a função correicional que pode ser exercida pela Procuradoria do Estado, a possibilidade de reger o processo administrativo de indenização extrajudicial em face de danos decorrentes de atos da administração pública estadual, devendo ganhar grande espaço o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação, podendo-se começar a discutir a possibilidade de solução dos litígios de natureza fiscal em âmbito administrativo.

Se a preocupação de Montesquieu era a de controlar a monarquia e se graças a sua teoria surgiu o contencioso administrativo na França e com ele limitaram-se os poderes do rei, é somente com o fortalecimento de um contencioso administrativo no Brasil e de sua espinha dorsal – a advocacia pública - que se pode controlar a nova monarquia brasileira.

REFERÊNCIAS

BONICHOT, Jean-Claude. *Les Grandes arrêts du contentieux administratif*. Paris : Dalloz, 2016.

CASSIA, Paul. *Les grands textes de procédure administrative contentieuse*. Paris : Dalloz, 2016.

CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE FRANÇAIS. Disponível em <https://goo.gl/m927X6>. Acesso em 11. Ago. 2016.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>. Acesso em 14. Ago. 2016.

CONSEIL D'ETAT. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/>. Acesso em 14. Ago. 2016.

DARESTE, R. *Études sur les origines du contentieux administratif en France*. Paris : Auguste Durand Libraire Éditeur, 1855.

FLORENT, Blanco. *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires Aix-Marseille, 2010.

GUYOMAR, Mattias. *Vingt ans après, d'Alitalia (1989) à Perreux (2009), juge du droit commun de l'application du droit de l'Union européenne*. Paris : Dalloz, 2016.

LATOURNERIE, Dominique. *Le Conseil d'État*. Paris : Dalloz, 2005.

LEGIFRANCE. Le service public de la diffusion du droit. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000524023>> Acesso em 13. Ago. 2016.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant, Baron de la Brède et de. (1689-1755). *Œuvres Complètes de Montesquieu* (Ed. 1857)/ Charles-Louis de Secondant. Avec des notes de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, Servan, La Harpe, et., etc. Paris : Hachete Livre, 2014.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Disponível em <http://www.uc.pt/>. Acesso em 14. Ago. 2016.