PRESCRIÇÃO QÜINQÜENÁRIA DA PRETENSÃO ANULATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM RELAÇÃO A SEUS ATOS ADMINISTRATIVOS

ALMIRO DO COUTO E SILVA*

1. Introdução. II. A posição tradicional. III. Segurança jurídica e imprescritibilidade. IV. O art. 21 da Lei da Ação Popular.

I. INTRODUÇÃO

Os autores de Direito Administrativo não costumam examinar de forma exaustiva o instituto da prescrição, no duplo aspecto das pretensões dos particulares contra o Poder Público e das pretensões deste contra aqueles. Via de regra, tocam na questão da prescrição quando relacionada com o poder disciplinar ou limitam-se a comentar as disposições especiais pertinentes à prescrição qüinqüenal das pretensões dos particulares contra o Poder Público e a jurisprudência que se consolidou em torno desse tema[1]. Ruy Cirne Lima[2] e, após, João Leitão de Abreu[3] são, entre os nossos administrativistas, os que de maneira mais ampla cuidaram de precisar as linhas fundamentais do instituto da prescrição nos seus dois desdobramentos dominantes.

Não conhecemos, entretanto, trabalho em que se procurasse investigar as conseqüências, em todos os seus pormenores, da regra sobre prescrição enunciada no art. 21 da Lei da Ação Popular[4], notadamente no que diz com a prescrição da

1 O Decreto nº 20.910, de 6.01.1932 e o Decreto-Lei nº 4.597, de 19.08.1942 constituem a legislação básica. A jurisprudência mais importante é a expressa na Súmula 443 do STF e a que se refere à chamada prescrição do fundo de direito, que fixou orientação hoje sempre repetida pelos nossos tribunais.

* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFRGS.

2 *Princípios de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1982, p. 97 e ss.

3 *Da Prescrição em Direito Administrativo*, Porto Alegre, 1961, publicação do Conselho do Serviço Público, republicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 6, p. 15 e ss.

4 Lei nº 4.717, de 29.06.1965.

pretensão anulatória das pessoas jurídicas da Administração Pública no pertinente aos atos administrativos por elas próprias praticados.[5]

Sobre a prescrição em Direito Administrativo pode-se dizer que o entendimento até hoje basicamente prevalecente é o mesmo que acabou por cristalizar-se na interpretação que a doutrina e a jurisprudência deram às disposições do nosso Código Civil. Em outras palavras e em termos práticos, o prazo geral de prescrição a que se sujeita a Administração Pública, relativamente as suas pretensões contra os particulares, é o de vinte anos, se prazo menor não tiver sido especialmente previsto em lei federal.

É de acrescentar-se, nesse contexto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sintetizada nas Súmulas 346 e 473, reconhece à Administração Pública o poder de decretar a invalidade de seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, ou de revogá-los, por razões de oportunidade e conveniência, respeitados, porém, nesta última hipótese, os direitos adquiridos. Ambas as Súmulas, entretanto, nada esclarecem sobre a prescrição da pretensão anulatória de que está investido o Poder Público. Em se tratando de nulidade absoluta, tal pretensão anulatória seria imprescritível, como sustentam alguns? Ou estaria sujeita ao prazo geral previsto nas leis civis, e que, hoje é de vinte anos, como pensam outros?

Cremos que, desde a vigência da Lei da Ação Popular o prazo prescricional das pretensões invalidantes da Administração Pública, no que concerne a seus atos administrativos, é de cinco anos. É isto que pretendemos demonstrar neste artigo.

Se correta essa conclusão, como pensamos que seja, seu interesse cresce de ponto quando se atenta para a circunstância de que a nossa jurisprudência, salvo algumas decisões isoladas[6], não tem acolhido, com a amplitude que seria de esperar em razão dos ricos e numerosos exemplos do direito comparado, a sanatória ou o convalecimento da nulidade dos atos administrativos, pela incidência do princípio da segurança jurídica, quando a Administração Pública, inexistindo má-fé dos destinatários, deixa que transcorra considerável lapso de tempo sem invalidá-los.

É bem verdade, porém, que, em contraste com isso, na nossa doutrina de Direito

5 Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 152, sustenta, por outras razões, a prescrição qüinqüenária da pretensão da Administração Pública a invalidar seus próprios atos administrativos. Trata-se, porém, de uma voz isolada. Diz a eminente administrativista: "*O Direito repele, sem dúvida, situações pendentes. Deveras, o instituto da prescrição visa, exatamente, à estabilidade das situações constituídas pelo decurso do tempo. Entendemos ser de cinco anos o prazo prescricional para se atacar as relações travadas pela Administração Pública. Não endossamos, pois, com todo respeito pela opinião de outros conceituados autores, o prazo prescricional de vinte anos. Temos afirmado que as situações jamais são de 'mão única'. Assim como as ações contra a Administração Pública devem respeitar o prazo prescricional de cinco anos, também entendemos que a invalidação do ato não se possa dar em prazo maior*".

6 O *leading case*, neste particular, é a decisão do STF, relator Bilac Pinto, no RE nº 85.179-RJ (RTJ 83/921), com remissões a outras decisões (RTJ 37/248 e 45/589). Veja-se, ainda, *RDA* 114/288, 134/217; *RTFR* 26/110; *RJTJSP* 38/318. Mais recentemente, o Tribunal Federal Regional da 4ª Região pronunciou-se, pela sua 3ª Turma, também no mesmo sentido (*RTRF* 4ª Região, 6/270 e 6/345). Igualmente o STJ, na Resp. nº 6.518-RJ, DJU de 16.09.91, p. 12.621).

Administrativo essa tese tem obtido sempre maior número de aplausos de prestigiosos autores, o que, certamente, acabará por refletir-se nas decisões dos tribunais[7].

II. A POSIÇÃO TRADICIONAL

No seu excelente estudo sobre a prescrição em Direito Administrativo, que seguimos em todo este tópico, observa João Leitão de Abreu que, no Direito romano primitivo, imperava o princípio da imprescritibilidade das pretensões, o que se exprimia na perpetuidade das ações, nas *actiones perpetuae*. Introduzida pelo Direito pretoriano a prescrição, "já então se frisava, porém, que a *praescriptio temporis* tolhia a *actio* mas deixava incólume o direito"[8]. Lembra ainda Leitão de Abreu, invocando lição de Savigny, que "as ações especiais do fisco sujeitavam-se à prescrição em época na qual as ações em geral eram imprescritíveis"[9], sendo o prazo de vinte anos, como está expresso em fragmento de Hermogeniano[10]. E registra, ainda o mesmo autor: "De qualquer forma, não deixa de ser curioso o fenômeno de haver precedido a consagração, embora parcial, da prescrição das ações fiscais à das demais ações. Tanto mais é isso para estranhar, quanto é exato que a evolução posterior do direito, até os tempos modernos, propende para inverter a posição anterior, pois, enquanto se mantinha a prescrição das ações em geral, recalcitrava-se em admitir que as ações fiscais prescrevessem. No período regalista essa tendência ganhou foros de cidade, sendo expressão dela, no velho direito francês, o brocardo: *qui mange la vache du roi en paye les os e,* no direito saxão, *nullum tempus ocurrit regi*"[11].

No Brasil, antes do Código Civil, a prescrição ordinária das dívidas ativas da Fazenda nacional era de quarenta anos e, após o Código Civil, sustentava Clóvis Bevilaqua sua imprescritibilidade, deduzida da inalienabilidade dos bens públicos[12].

Tal entendimento, porém, não mereceu acolhida. Como mostrou Ruy Cirne Lima, a razão principal de não haver vingado foi a de que a inalienabilidade dos bens públicos não é absoluta, podendo ser afastada por lei da órbita da pessoa administrativa a que pertençam. E, em se tratando de prescrição, somente à lei federal cabe dispor sobre ela. Assim, diz o mestre gaúcho, "reduz-se, pois, *a opinião* de Bevilaqua à afirmativa de que nenhuma lei federal regula e estabelece a prescrição de direitos da União, dos Estados e Municípios"[13].

7 Miguel de Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio, Konfino, 1950, p. 50-51; e Parecer, in *RDP* 16/99, Miguel Reale, *Anulamento e Revogação dos Atos Administrativos*, Rio, Forense, 1968, p. 81 e ss., Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, RT, 1990, p. 182, Weida Zancaner, *Convalidação e Invalidação dos Atos Administrativos*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 90; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 236; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 1992, p. 179, embora com restrições; Lúcia Valle de Figueiredo, op. cit., p. 15 e ss.

8 op. cit., p. 20.

9 op. e p. cits.

10 D. 44, 3, 13.

11 op. cit., p. 20-21.

12 CC, art. 66, III, combinado com o art. 67.

13 op. cit., p. 98-99.

Como ficaria, pois, a prescrição de Direito Administrativo? A essa indagação respondeu definitivamente Luiz Carpenter ao sinalar que o Código Civil, diferentemente do tratamento que dispensou ao Direito Comercial, quanto ao Direito Administrativo e ao Direito Processual "estabeleceu prescrições especiais ou mais curtas do que a ordinária que, de outra sorte, cairiam na esfera das leis administrativas e das leis processuais. Daí e do que diz o art. 179 do mesmo Código Civil brasileiro, concluímos que a prescrição de trinta anos '(hoje, de vinte anos, acrescentamos nós)' é também a prescrição ordinária vigente no Direito Administrativo e no Direito Processual do Brasil".[14]

Desse modo, e segundo o entendimento até hoje plenamente uniforme, seria, essa, pois, a prescrição a que devem sujeitar-se, na ausência de lei que disponha diferentemente as pretensões anulatórias do Poder Público, com relação aos próprios atos administrativos.

Caberá, ainda, perquirir se algumas pretensões da Administração Pública, relacionadas com atos inválidos, são ou não imprescritíveis, antes de encetarmos a análise da alegação que pensamos ter sido introduzida pela Lei da Ação Popular, no seu art. 21, quanto ao prazo geral para as pretensões anulatórias do Poder Público.

III. SEGURANÇA JURÍDICA E IMPRESCRITIBILIDADE

Um dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o do crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade[15]. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito[16].

A consagração dessa idéia importou que se formasse obstáculo intransponível à integral transposição para o Direito Administrativo da teoria das invalidades do Direito privado. É sabido que, desde o Direito romano, prevalece no Direito privado a regra de que o ato jurídico nulo de pleno direito jamais pode gerar efeitos jurídicos: *quod nullum est nullum producit effectum*. Daí se extrai o corolário de que a nulidade absoluta é perpétua. Ela é insuscetível de sanar ou de convalecer. A essas características associam muitos autores a imprescritibilidade da pretensão à decretação de invalidade do ato absolutamente nulo. E é por isso, também, que, em face de

14 *Manual do Código Civil Brasileiro*, de Paulo de Lacerda, Rio, s.d.t. IV, nº 186, p. 368; Ruy Cirne Lima, op. cit., p. 99.

15 Para uma visão panorâmica da importância do princípio no direito comparado, veja-se Almiro do Couto e Silva, *Os Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*, RDP 84/46.

16 J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 384 e ss.

deficiência tão grave, pode o juiz decretar de ofício a nulidade, enquanto que, em se tratando de anulabilidade, seu pronunciamento fica condicionado à provocação dos interessados.

Ora, esses traços que compõem o quadro geral da invalidade dos atos jurídicos no direito privado não podem ser deslocados por inteiro para o direito público porque a noção de interesse público ou de utilidade pública, em torno da qual se estrutura e gira todo aquele setor do direito, pode exigir, em certas situações, a permanência no mundo jurídico do ato originariamente inválido, pela incidência do princípio da segurança jurídica[17]. Quer isso significar, em outras palavras, que no direito público, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalecimento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o *status quo*. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material. Pode-se dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo o mundo, com pequenas modificações de país para país.[18]

Bem se vê, portanto, que iguais razões militam no sentido de repelir-se, via de regra, no Direito Administrativo, a imprescritibilidade das pretensões do Poder Público com relação aos particulares[19], especialmente no que se refere à decretação de nulidade de seus atos administrativos que tenham aqueles por destinatários. Aliás, mesmo nas relações de direito privado, a tendência jurisprudencial tem sido no sentido de sujeitar à prescrição vintenária as pretensões que visam a obter a decretação de nulidade de ato jurídico, quando não se cogita de direito real.

IV. O ART. 21 DA LEI DA AÇÃO POPULAR

A Lei nº 4.717, de 29.06.65, declara, no seu art. 21, que a ação nela prevista prescreve em cinco anos. Em termos mais rigorosos há de ler-se essa disposição como se nela estivesse escrito que a pretensão e a ação a pleitear a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos aos bens, valores e interesses protegidos pelo art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e art. 1º daquela Lei prescrevem em cinco anos.

17 Miguel Seabra Fagundes. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. cit.

18 cf. notas 7 e 15, supra.

19 Uma das exceções a esta regra é a imprescritibilidade da pretensão à decretação de nulidade de venda de bem público, dado o regime especial a que essa classe de bens está sujeita e que se caracteriza, precisamente, pela inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade. Assim, por exemplo, STJ, RE nº 11.831 — PA, DJ de 17.05.93. Veja-se, a propósito, Ruy Cirne Lima, op. cit., p. 78 e ss.

Como é sabido, o que é atingido pela prescrição são as pretensões e as ações. A prescrição é instituto de direito material que, diferentemente do que sucede com a preclusão ou decadência, não afeta o direito subjetivo, mas sim encobre ou bloqueia a pretensão[20]. Por via de conseqüência, encobrirá ou bloqueará, igualmente, a ação de direito material e a ação processual[21].

Poderia pensar-se, num primeiro momento, que o prazo prescricional estabelecido na Lei da Ação Popular só diria respeito aos cidadãos, que são os que têm legitimação ativa para a propositura daquela ação.

Há de se ponderar, entretanto, que o princípio democrático é um dos princípios estruturantes da nossa Constituição, consagrado na fórmula clássica de que "todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido".

A ação popular é um instrumento de participação democrática no controle da atividade do Estado, função que também é exercida, por certo dentro de limites bem mais exíguos, pelos direitos subjetivos públicos, como já lembrava Georg Jellinek[22].

A ação popular visa a resguardar interesses que não são pessoais do autor, mas, sim, de toda a coletividade. O autor age *pro populo*[23].

A pretensão anulatória que tem qualquer um do povo com relação aos atos administrativos (e aos atos jurídicos em geral) lesivos dos interesses constitucionalmente protegidos não deve ser, assim, diversa da pretensão anulatória que tem o Poder Público.

Até o reconhecimento da ação popular em nosso sistema jurídico, quem se incumbia de zelar pelos interesses públicos era exclusivamente o Estado. Os particulares só poderiam recorrer ao Poder Judiciário, para reclamar contra algum ato do Estado, quando deles resultasse lesão a seus direitos subjetivos. Fora dessa hipótese não havia como pleitear a invalidação de qualquer medida da Administração Pública, porquanto sempre se configuraria falta de legitimação.

O contencioso que se estabelecia era, portanto, de caráter puramente subjetivo, para usar distinção feita por Duguit[24]. Inexistia ainda, no Brasil, o contencioso objetivo, como há muito já conhecia o direito francês com o recurso por excesso de poder. No contencioso objetivo o dado que é realmente relevante é a violação do ordenamento jurídico, do direito objetivo, podendo inexistir qualquer lesão a direito subjetivo de quem recorre aos tribunais.

20 Entre nós, por todos, Pontes de Miranda, op. e vol. cits., p. 98 e ss.

21 O reconhecimento legislativo de que a prescrição é instituto de direito material está no Código Civil, (arts. 177 e ss.) e no art. 269 do Código de Processo Civil, que, ao prever as hipóteses de extinção do processo com julgamento de mérito, arrola entre elas a de o juiz decretar a decadência ou a prescrição (inciso IV).

22 *System des Öffentlichen Subjektiven Rechte*. Tübigen, Scientia Aalen, 1919-1979, p. 67 e ss.

23 A doutrina tem sustentado que o sujeito ativo da relação jurídica é a coletividade (Seabra Fagundes, Paulo Barbosa Campos Filho) e que o cidadão é mero substituto processual (Moacyr Amaral Santos e Ephrain de Campos Jr., apud Ruy Armando Gessinger, *Da Ação Popular Constitucional*, Porto Alegre, Col Ajuris, 1988, p. 29.

24 Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Boccard, 1923, vol. II, p. 458 e ss.

A introdução da ação popular no direito nacional inaugurou forma de contencioso ou de jurisdição objetiva. Mas, enquanto no direito francês exige-se para o recurso por excesso de poder que tenha sido atingido um interesse legítimo do autor da ação,[25] na nossa ação popular qualquer cidadão é legitimado a propô-la. Vê-se, pois, que o nosso controle objetivo é consideravelmente mais amplo do que o vigorante na França ou, poderia dizer-se, ainda bem mais despojado de elementos de subjetividade do que aquele. Aqui admite-se que o cidadão, só por esta condição, tenha interesse jurídico na proteção de bens e valores públicos, dando-se a ele instrumentos para provocar o controle pelo Poder Judiciário dos atos inválidos lesivos daqueles bens e valores.

Desse modo, o povo, por seus cidadãos, cuida para que o Estado não se desvie das normas jurídicas a que está sujeito, sendo titular, para a consecução desses objetivos, de direito, pretensão e ação.

Forçoso é concluir, portanto, que a pretensão à invalidação de atos administrativos, de que o povo, por seus cidadãos, está investido, não é e nem pode ser diferente da pretensão que tem o Poder Público de invalidar aqueles mesmos atos jurídicos.

É sob esta luz que deve ser lido e interpretado o art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65, ao estatuir que "*a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente*".

A faculdade de a entidade "atuar ao lado do autor", que a lei concede, gerou dúvida quanto à posição processual que a pessoa jurídica assume no processo. Cremos, entretanto, que essa discussão teórica tem pequena conseqüência prática, pois a sentença, na ação popular, possui eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova (art. 18). Por outro lado, como já lembramos, a ação popular inaugurou, entre nós, uma espécie do que Duguit chamava de contencioso objetivo, no qual o autor reclama contra a lesão ao direito objetivo, e não a violação de um direito subjetivo de que seja titular, situação, esta última, que o jurista francês designava como contencioso subjetivo.

Essa particularidade faz com que as figuras processuais da assistência simples, ou mesmo da assistência litisconsorcial, moldadas sobre relações jurídicas de direito privado, não se adaptem inteiramente à ação popular, e de forma muito especial no que se refere à possibilidade que tem a pessoa jurídica que praticou o ato de tomar posição ao lado do autor.

Na verdade, na ação popular a entidade que praticou o ato é sempre parte e se situa, originariamente, no pólo passivo da relação jurídica (art. 6º). Uma vez citada, porém, pode ela ou (a) contestar a ação, ou (b) não contestá-la, ou ainda (c) passar a atuar ao lado do autor. Na última hipótese, a pessoa jurídica muda de posição processual, para postular, junto com o autor, a invalidação do ato.

25 Sobre a noção de interesse no recurso por excesso de poder, George Vedel/Pierre Delvolve, *Droit Administratif*, Paris, PUF, 1992, vol. II, p. 268 e ss.

Isso nada tem de insólito, mas, bem ao contrário, encontra correspondência no comportamento que a Administração Pública pode adotar com relação a seus próprios atos administrativos. Geralmente ela os mantém por acreditar na sua validade, mas cabe-lhe, também, quando convencida dos vícios que os afetam, invalidá-los. Nesse caso goza a Administração pública de um privilégio que não é outorgado aos particulares com relação a seus atos jurídicos. Ela tem, nessa situação, direito, pretensão e *ação de direito material* a decretar a invalidade dos seus próprios atos administrativos, não sendo obrigada a exercer a prestação jurisdicional para conseguir esse resultado. Basta exercer a ação de direito material.

Com maior concisão, será lícito afirmar-se que a Administração Pública, com relação a seus atos, pode defendê-los ou a eles contrapor-se, invalidando-os diretamente e sem intermediação do Poder Judiciário, quando nulos.

Algo semelhante se verifica na ação popular, com essa possibilidade de variação de posição que se permite à pessoa jurídica, de tal sorte que a ela será dado defender o ato, contestando a ação, ou não defendê-lo, quer deixando de contestar, quer postulando, ao lado do autor, sua invalidade.

Questiona-se, entretanto, no último caso, se a hipótese será de assistência adesiva simples, de litisconsórcio ativo facultativo ou de assistência litisconsorcial. Conquanto tenhamos advertido que, em razão dos efeitos *erga omnes* da sentença, essa disquisição em termos práticos pouco signifique, não nos furtaremos a examinar o problema, ainda que de modo sucinto.

A primeira observação a fazer-se, nesse particular, é que, cogitando-se de contencioso objetivo, não tem o autor popular qualquer relação jurídica material com os réus da ação. A Constituição Federal outorgou ao cidadão um meio de participação política, ao permitir-lhe, mesmo sem lesão a direito subjetivo seu, mas na defesa dos interesses superiores da coletividade, o recurso àquele remédio constitucional. Fica difícil conceber, assim que no pólo ativo da relação processual possam existir meros assistentes, isto é, sujeitos de direito que tenham relações jurídicas com o adversário do autor e que estariam juridicamente interessados em que o autor saísse vitorioso na demanda, porquanto uma sentença adversa lhe poderia causar prejuízo.

Cremos que no pólo ativo outros cidadãos só poderão figurar como litisconsortes e não como assistentes. Em se tratando, porém, da entidade que praticou o ato cuja invalidação é objeto da ação popular, a questão é mais complexa.

Também neste caso parece que será de descartar-se, desde logo, a assistência adesiva simples. Não há, na ação popular, uma relação jurídica condicionante entre o autor popular e a entidade que praticou o ato jurídico e outra, daquela dependente ou por ela condicionada, entre a pessoa jurídica e o benefício do ato atacado, como sucede nos exemplos clássicos da locação e da sublocação, ou da obrigação principal e da fiança. Já dissemos, mais de uma vez, que o contencioso é objetivo.

Seria também inaceitável admitir que a pessoa jurídica que praticou o ato e que é originariamente parte, situando-se no pólo passivo da relação processual, se transforme depois em terceiro juridicamente interessado, caso decida figurar ao lado do autor na ação. Seria mais lógico que ela permanecesse parte, ainda quando se transferisse para o pólo ativo da relação processual, sem deixar, contudo, de assistir ao autor.

A hipótese se enquadraria na assistência litisconsorcial prevista no art. 54 do CPC, o qual determina que o assistente da parte principal seja considerado litisconsorte "*toda a vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistente*".

Sendo nulo o ato, tanto o cidadão como a pessoa jurídica que o praticou têm direito, pretensão e ação a invalidá-lo. Proposta a ação popular, tolhe-se a possibilidade de a pessoa jurídica invalidar o ato pelo simples exercício da ação de direito material. Se pretender que o ato seja invalidado, caberá a ela, como se viu, ou não contestar a ação (permanecendo, portanto, no pólo passivo da relação jurídica) ou assumir posição ao lado do autor, no exercício, já agora, de ação de direito processual à invalidação. Geralmente a Administração Pública não utiliza a ação de direito processual para invalidar os atos administrativos que pratica, pois goza do privilégio, já ressaltado, de exercer ação de direito material para alcançar aquele objetivo. Mas nada impede que o faça, o que poderia ocorrer, por exemplo, em casos dúbios, em que a invalidade não fosse tão evidente ou manifesta ou, ainda, na ação popular, mas aqui não como autor, mas sim como assistente litisconsorcial do autor.

Em litisconsórcio ativo facultativo, em sentido próprio, parece-me que não se poderia falar, uma vez que desistindo o autor da ação popular, não fica assegurado à pessoa jurídica que praticou o ato — diferentemente do que a lei determina quanto a qualquer cidadão ou a representante do Ministério Público — promover o prosseguimento da ação (art. 9º).

Tal peculiaridade acentua o matiz de assistência, ainda que litisconsorcial.

Assim, ao transferir-se para o pólo ativo da relação jurídica processual, a pessoa jurídica que exarou o ato combatido na ação popular figura ao lado do autor como litisconsorte, portanto como parte, e não terceiro e, ao mesmo tempo, como assistente. É esta a posição de Pontes de Miranda, fiel à expressão literal do art. 54 do CPC.[26]

Seja como for, quer se cogite de litisconsórcio ativo facultativo ou de assistência litisconsorcial, ou até mesmo de assistência simples, em todas as situações a pessoa jurídica que praticou o ato está inteiramente submetida aos efeitos da coisa julgada, dada a eficácia *erga omnes* da sentença proferida na ação popular, exceto quando julgada improcedente por insuficiência de provas.

Nessa conformidade, reconhecida na ação popular a ocorrência da exceção de prescrição, a pretensão da Administração Pública à invalidação do ato administrativo fica encoberta ou bloqueada pela prescrição em todas as hipóteses, ou seja, tenha ela, ou não, contestado a ação ou haja preferido tomar posição ao lado do autor.

Isto significa, pois, que não poderá mais invalidar o ato administrativo, invocando, por exemplo, as Súmulas 346 e 473 do STF, uma vez que a sentença considerou prescritas as pretensões do autor da ação e do Poder Público, seja qual for a posição que este haja assumido no processo.

Como prescrição é matéria de mérito (CPC, art. 269, IV), também não haverá como pretender aplicar o art. 268 do CPC, que é restrito aos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito.

26 *Comentários ao CPC*, Rio, Forense, Rio, vol. II, p. 69.

Ora, a lógica que se predica ao sistema jurídico, como a qualquer sistema, está a exigir que se, na ação popular, a pretensão da Administração Pública a invalidar seus próprios atos prescreve em cinco anos, a mesma solução se deverá dar quanto a toda e qualquer pretensão da Administração Pública no pertinente à anulação de seus atos administrativos. Nenhuma razão justificaria que, nas situações em que não tenha sido proposta a ação popular, a prescrição fosse de vinte anos, encurtando para cinco se eventualmente proposta aquela ação.

Não se cuida, aqui, de prescrição de um determinado tipo de ação, como sucede, por exemplo, com a ação executiva, o que não impedirá o credor, entretanto, de fazer valer o seu crédito na ação ordinária de cobrança. Na ação popular, prescrita a pretensão e a ação, não será mais possível exercê-las em outra via processual.

Assim, por interpretação extensiva da regra do art. 21 da Lei da Ação Popular, ou por analogia, a fim de que se preserve a harmonia do sistema, mantendo-o como um todo tanto quanto possível coerente, lógico e racional, a conclusão necessária será a de que a prescrição de toda e qualquer pretensão que tenha a Administração Pública com relação à invalidação de seus atos administrativos deverá ter o prazo de cinco anos.

Penso que não seja esta, ainda, a solução ideal, na afirmação do princípio da segurança jurídica. Outros sistemas normativos estabelecem prazos preclusivos ou decadenciais para o exercício do direito de a Administração invalidar seus atos administrativos. A caracterização do prazo como preclusivo, e não como prescricional, tem a vantagem de permitir a declaração de ofício da ocorrência da preclusão. Caso se cogitasse de prescrição, como exceção que é, deveria ser, de regra, argüida.

No direito francês, desde o *affaire* Dame Cachet, de 1922, esse prazo é de sessenta dias, o mesmo estabelecido para a interposição do recurso por excesso de poder[27]. Na Alemanha, a Lei de Procedimento Administrativo de 26 de maio de 1976, fixou, no seu art. 48, o prazo de um ano[28]. No Brasil, José Frederico Marques havia proposto que esse prazo fosse, por semelhança com o direito francês, o mesmo assinado à impetração do mandado de segurança, ou seja, de cento e vinte dias. A doutrina entendeu, creio que com inteiro acerto, que esse prazo seria extremamente curto[29].

O prazo de cinco anos, que é o prazo prescricional previsto na Lei da Ação Popular, seria, no meu entender, razoável e adequado para que se operasse a sanação da invalidade e, por conseqüência, a preclusão ou decadência do direito e da pretensão de invalidar, salvo nos casos de má-fé dos interessados. A isso poder-se-ia chegar por elaboração doutrinária e por construção jurisprudencial. Dadas, porém, as resistências que, nesse particular, existem no nosso Direito, como tive ocasião de obser-

27 Long/Weil/Braibant/Delvolvé/Genovois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Sirey, 1993, p. 221 e ss. Vd. nota 15, supra, e Miguel Reale, op. cit., p. 87.

28 Pela regra do art. 48, § 4º, a invalidação do ato administrativo só é possível, após o transcurso do prazo de um ano, quando esteja caracterizada a má-fé do beneficiário. Não há dúvida, também, na doutrina, que se trata de prazo preclusivo e não de prazo prescricional. Veja-se Stelkes/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfaherensgesetz* — Kommentar — C.H.Beck, München, 1993, p. 1.096.

29 Miguel Reale, op. cit., p. 87.

var, a matéria seria *de lege ferenda*. É tempo, na verdade, de editar-se norma legal instituindo prazo preclusivo do direito da Administração Pública a invalidar seus próprios atos administrativos, a fim de que se reforce, no nosso país, o princípio da segurança jurídica, que tem aqui um relevo modesto e desproporcionado, se posto em cotejo com o princípio da legalidade.

Enquanto tal não sucede, que pelo menos se abandone o velho entendimento de que a prescrição da pretensão da Administração Pública a invalidar seus próprios atos administrativos é de vinte anos. Estou convencido que tal posição tornou-se insustentável desde o advento da Lei da Ação Popular. Contudo, por um desses fenômenos, tão freqüentes como inexplicáveis, de inércia do direito antigo, que, apesar de revogado, acaba preponderando sobre o direito novo, é ela que continua ainda largamente dominante na nossa doutrina e na nossa jurisprudência.

Ficaríamos mais próximos da realização do ideal de justiça material se, enfim, simplesmente aplicássemos o preceito de ordem geral, que está no nosso sistema jurídico há mais de três décadas, e que impõe o prazo prescricional de cinco anos para o exercício da pretensão do Poder Público à anulação dos seus próprios atos administrativos.