

CONDENAÇÃO DO VENCIDO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA AÇÃO MANDAMENTAL*

Cristiano Chaves de Farias

Promotor de Justiça do Ministério Público do
Estado da Bahia

Sem dúvida, a matéria ora *sub examine* é por demais controversa e polêmica, não havendo consenso jurisprudencial, muito embora a doutrina, unanimemente, já se tenha posicionado.

É, aliás, seguindo esse entendimento doutrinário que apresentamos o presente apelo, com o escopo de ver melhor aplicada a regra pertinente à matéria. **Até mesmo porque o direito não está entregue a valores eternos. Ao revés. Tem de suportar a hierarquia da cultura, dos avanços sociais e da inteligência.**

Não se deve perder de vista que a Lei é uma construção cultural que provê uma realidade social presente. E essa realidade terá de mudar, adaptando-se, paulatinamente, à exigência de cada época.

Então, não mais subsistindo os pressupostos jurisprudenciais que ensejaram a edição, pelos Tribunais Superiores, das Súmulas proibidoras da condenação em honorários no *writ of mandamus*, em face da dinâmica do Direito, impende ser dada nova interpretação, à luz das necessidades sociais.

Não pode o juiz estar adstrito unicamente à letra fria da lei ou dos aconselhamentos sumulares: “*O ato de aplicar a lei ao caso concreto não se resume à subsunção à pragmática das sentenças judiciais anteriores, mas que se tenha também como presentes os ensinamentos*

* Trabalho agraciado com o Prêmio “*Melhor Trabalho Jurídico de 1997*”, oferecido pela AMPEB – Associação do Ministério Público do Estado da Bahia.

relevantes da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados”, como muito lucidamente assegura o Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, ao relatar acórdão no STJ, no Recurso Especial 15.468-0 (publ. 12.4.93, DJU, p. 6.053.).

É certo e indubitado que o papel da doutrina é exatamente este: ser instrumento de inspiração, parâmetro do direito, atualizando os entendimentos jurídicos à realidade social. Motivo, aliás, que a faz constar entre as **fontes do direito**, chegando a ser denominada direito dos juristas, pela inteligência de SAVIGNY.

Pois bem, passemos a enfrentar a questão frontalmente.

É regra tradicional dos sistemas jurídicos a previsão legal da sucumbência, que funciona como condenação extra (acessória) ao vencido, por ter obrigado o vitorioso a apelar à via judicial, tendo gastos com advogado, além do inexorável desgaste – comum em toda pendenga judicial.

Desde tempos remotos, na Antiga Roma, com o *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, já sabiam **“todos os juízes, que sob nosso império viverem, que o vencido deve ser condenado nas despesas da causa em benefício do vencedor”** – *omnes iudices, qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant, victum in expensarum causa victori esse condemnandum* (C. Lib. III, Tít. I, 13, § 6, De iudiciis.).

Na realidade, como bem ensina CHIOVENDA, *“o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão”* (in *“Instituições de Direito Processual Civil”*, trad. bras., 1942, pp. 285/286.).

E assim foi com o nosso Ordenamento Jurídico, que consoante a regra esculpida no Art. 20, do Código Instrumental, adotou o princípio universal da sucumbência – inspirado na parêmia axiomática latina *victus*

victori expensas condemnatur, que, aliás, é princípio geral do direito processual – prevendo a condenação do vencido nas despesas judiciais e nos honorários de advogado.

Aliás, sem dúvida, essa é uma questão, até, de justiça. Afinal, a parte ser lesada e ainda ter de suportar o ônus advocatício é inaceitável!!! E, por isso, foi prevista, com clareza meridiana, a condenação do vencido nos ônus advocatícios, pelo nosso Ordenamento Positivo. Sendo uma regra absoluta, imperativa, salvo nas hipóteses em contrário.

Em sede mandamental, porém, corrente jurisprudencial, assentada nas Súmulas 512, do S.T.F. e 105 do S.T.J., afastou a condenação em honorários advocatícios no mandado de segurança, muito embora a Lei nº 1.533/51 – reguladora da matéria –, não a tivesse restringido. Foi, então, a jurisprudência além do alcance da lei, fazendo interpretação por demais extensiva, chegando a uma conclusão, venia concessa, inaceitável.

Sem embargo da opinião jurisprudencial citada, os argumentos adotados pelas Súmulas não resistem à circunstanciada análise fática, como se perceberá.

Primus, alega-se o não cabimento da condenação advocatícia no mandado de segurança, porque disciplinado este em lei especial. Esquecem-se, porém, que o próprio Pretório Excelso, ao editar a Súmula 519, afirmou a **incidência das conseqüências dos honorários nas execuções fiscais – regidas também por lei especial**.

É de se perquirir, contrariamente ao que diz a jurisprudência – já antiga e não mais condizente com a realidade social –, onde foi que o legislador especial mandamental proibiu a condenação em honorários? Não ocorreu tal proibição. Por isso mesmo, não se pode, sob nenhum argumento, afastá-la na ação de segurança.

Somente seriam incabíveis os honorários se a lei especial os proibisse, até mesmo porque os demais dispositivos processuais do Código são aplicados automaticamente, sem necessidade de especial menção acolhedora.

Se se admitisse o entendimento sumular, não seria necessário que a sentença no *mandamus* seguisse os requisitos legais, porque inexistente previsão neste sentido, o que seria necessário para aplicar qualquer dispositivo comum do Código Adjetivo, pela teoria ora combatida.

O próprio EDUARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA, Ministro do S.T.J. e eminente articulista, em seus *“Recursos em mandado de segurança – algumas questões controvertidas”* (in *“Mandados de Segurança e de Injução”*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1990, p. 277/8.), destaca a fragilidade dos argumentos sumulares, demonstrando estarem ultrapassados, dizendo *verbum ad verbum*: *“Sem invocação dos dispositivos daquele Código não será possível sequer processar um mandado de segurança. A Lei 1.533/51 não cogita, por exemplo, da capacidade processual, dos procuradores, da competência, da forma, tempo e lugar dos atos processuais, das nulidades, dos requisitos da sentença. Em verdade, aplicam-se, sem discussão, numerosíssimas normas do Código, nenhuma delas mencionadas na lei.”*

E arremata: *“É adequado entender que o sistema do Código, como regra geral, deve aplicar-se aos procedimentos regidos em leis especiais, salvo em que dispuserem em contrário.”*

Atente-se para o fato de que não se discute quanto à obrigatoriedade da representação judicial por advogado, na ação de segurança, ou se tem a parte *jus postulandi*, mesmo sem previsão específica da lei especial. Isso porque não se incompatibilizam as regras gerais processuais com o rito mandamental, apenas quando houver expressa ressalva em contrário.

Secundus, não se pode dizer que inexistente lide em sede mandamental, pois há na ação de segurança partes, objeto e pretensão. Lide, portanto, pelo que aplicáveis as regras gerais processuais.

Tertius, dizer que a autoridade impetrada não se defende, apenas sustenta o ato, também se apresenta especioso, até porque a autoridade coatora não é a parte passiva, pelo que não poderia ser condenada.

Outros argumentos de somenos importância se afiguram, como o fato de ter o procedimento em tela a mesma natureza do *habeas corpus* – onde também não poderá haver condenação em verba honorária – facilmente afastado à vista da natureza penal deste remédio, bem como o valor específico de sua tutela (a liberdade de locomoção).

Nenhum deles, como se vê, consegue convencer. São todos ultrapassados, oriundos de uma época em que a realidade social brasileira era outra, motivo pelo qual não mais podem vigor.

O profícuo Des. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em judicioso artigo publicado na Revista dos Tribunais nº 418, p. 52 e ss., intitulado “*Mandado de Segurança e condenação em honorários de advogado*”, demonstra a insubsistência da Súmula 512, afirmando, com extrema felicidade, que “*sendo o mandado de segurança uma ação na qual há vencedor e vencido, não procede razão para afastá-lo das normas gerais do Código Processual*”.

Também apresentando censura aos argumentos sumulares, o preclaro JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, em seus “*Comentários à Lei do Mandado de Segurança*” (Forense, 7ª ed., 1995), destaca caber ao vencido “*seja quem for, particular ou Estado, arcar com todas as despesas da causa, inclusive honorários, já que atribui ao vencedor o direito subjetivo ao reembolso das custas que efetuou*”.

Obtempera, de modo mais incisivo, o magistrado trabalhista, FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA: “*A verdade é que a Súmula 512, da Suprema Corte, editado com apoio em julgamentos realizados há já um quarto de século não mais atende à realidade.*” (in “*Mandado de Segurança e controle jurisdicional*”, Ed. RT, 2ª ed., 1996, p. 336.).

Não se pode, em verdade, olvidar que a ação de segurança é, precipuamente, uma garantia erigida pela Lei Maior em favor do administrado, cidadão, contra abusos de poder e ilegalidade pelos representantes do Estado. Assim sendo, não é justo, nem admissível, que o particular ofendido não tenha direito aos honorários de advogado.

O que se tem, no plano concreto, é que o particular ofendido (autor da ação mandamental) **após ter um direito seu (e não um direito comum, mas um direito líquido e certo) vulnerado, agredido pela autoridade pública, ainda tenha de sofrer uma diminuição patrimonial, tendo que suportar o ônus de seu advogado** – até mesmo porque não poderá, individualmente, ingressar em juízo para defender seus direitos, necessitando de advogado.

É, incontroversamente, enorme injustiça (!!!) o cidadão ter um direito líquido e certo arranhado, precisando apelar à Justiça e, além de todos os aborrecimentos naturais do desgaste processual, ter de arcar com os gastos advocatícios – que o próprio Estado lhe está impondo.

Socorremo-nos em CRETELLA JÚNIOR, para colocar *dies cedit* em qualquer dúvida: “*O que para o Estado é sempre uma obrigação – um dever – agir sempre conforme o direito – para o impetrante é um direito subjetivo público, que, ameaçado ou lesado, encontra no mandado de segurança o instrumento adequado para a correção do dano. (...) sendo vencedor o impetrante, é justo que a Fazenda vencida o reembolse do 'quantum' ajustado com o advogado.*” (op. cit., p. 288.).

O notável HELY LOPES MEIRELLES, voz mais autorizada na matéria, do alto de sua experiência judicante, ensina *ex cathedra*: “*Na sentença (da ação mandamental) deverá o juiz decidir sobre o pedido da inicial, condenando o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determina o art. 20 do CPC.*” (in “*Mandado de Segurança...*”, Ed. Malheiros, 16ª ed., 1995, p. 69.).

Seguindo o emérito mestre do Direito Público, a melhor doutrina também firmou entendimento neste sentido, proclamando a necessidade da condenação em verba honorária, no mandado de segurança, que, diga-se, *en passant*, nada mais é senão ação civil (pelo que, de fato, aplicável o comando 20, do Código de Ritos).

Nesse sentido, pelo cabimento da condenação em verba honorária em *writ of mandamus*: YUSSEF SAID CAHALI (“*Dos Honorários*

Advocatícios”); MANOEL A. TEIXEIRA FILHO (“*Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho*”); RODOLFO CAMARGO MANCUSO (“*Honorários advocatícios em mandado de segurança*”); ADHEMAR GOMES DA SILVA (“*Sucumbência em mandado de segurança*”); MAURÍLIO WÁGNER REIS (“*Os honorários na ação de mandado de segurança*”, in “*Mandados de Segurança e Injunção*”), entre inúmeros outros.

Ora, em sendo uma ação civil – apenas tendo de especial o seu rito procedimental – é “*o mandado de segurança uma ação em que há vencedor e vencido, não encontrando razões para afastá-lo das normas gerais do Código*”, nas candentes palavras de CELSO AGRÍCOLA BARBI, em seus festejados “*Comentários ao Código de Processo Civil*” (Ed. Forense, v.1, pp. 198/199).

Hodiernamente, pode afirmar-se, pois, com tranqüilidade, que há *communis opinium doctorum* nesta esteira, sendo, sob a ótica da Ciência Jurídica, assente a questão: são cabíveis honorários de advogado em mandado de segurança.

O insígne SÉRGIO FERRAZ, *expert* na matéria, diz não ser “*admissível criar-se qualquer gravame, ou sua ameaça, de sorte a originar obstáculos ou dificuldades a quem dessa garantia excelsa deseje valer-se. Dessa forma, a solução univocamente aplicável é: a verba honorária de sucumbência se aplica se vencida a Administração.*” (“*Mandado de Segurança*”, Malheiros, 3ª ed., 1996, p. 179.).

Assevera ainda FERRAZ, efetivamente desfechando a questão: “*Em verdade, a questão tem solução cabal quando examinados os patamares constitucionais, em que se funda o 'writ'. O que não pode ser olvidado.*” (*op. cit.*, p. 179.).

No mesmo diapasão, CELSO BASTOS E MICHEL TEMER asseveram que “*o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência*”, radicalizando ao preverem a possibilidade de no caso

“em que a sentença proferida na segurança não condenar em honorários, podem estes ser reclamados em ação própria, fundada na responsabilidade civil do Estado”. (in *“Contencioso Administrativo”*, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 10, p. 20.).

Com efeito, tendo a doutrina tornado a matéria assente no campo científico, vem a questão ganhando novo alento, já sendo considerável o número de acórdãos que acolhem a tese doutrinária, condenando o vencido na segurança em honorários.

Um dos grandes responsáveis tem sido o preclaro Min. CÉSAR ROCHA, expoência do nosso SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que lavrou o brilhante aresto transcrito:

A lei do mandado de segurança não contém nenhum dispositivo que restrinja, explicitamente, a aplicação do princípio da sucumbência. Não é lógico, nem justo, que o Impetrante vitorioso na contenda, depois de ter direito líquido e certo agredido, após passar por todos os conhecidos e naturais aborrecimentos, sempre presentes, ínsitos mesmo, em todas as pelejas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a manutenção do trabalho do seu patrono. Condenar o vencido em todas as parcelas da sucumbência é, sem dúvida, a solução mais conveniente, na medida em que, por um lado, refreia o uso impertinente do 'mandamus' e por outro lado estimula a autoridade a decidir, em instâncias administrativas, de modo mais refletido, sobre postulações envolventes de direito líquido e certo. – destacamos (STJ, Ac. 1ª T., Resp. 17.124-0-RS, publ. 15.2.93, Rel. Min. César Rocha.).

Relatou, com igual lucidez, o referido jurista acórdão no Recurso Especial 15.468-0-RS, julgado em 11.11.92, publicado na LTr. 57-7/874, dando o mesmo entendimento.

A tese dentro do próprio STJ fortificou-se e já tem como adeptos os Ministros Eduardo Ribeiro, Garcia Vieira, Peçanha Martins e Humberto Gomes

de Barros, tendo este último, de modo não menos digno de aplausos, relatado semelhante *decisum*:

Mandado de Segurança. Honorários. Sucumbência. No processo de mandado de segurança é oportuna a condenação em Honorários Advocatícios, pela sucumbência.
(STJ, Ac. 1ª T., REsp. 6860-0-RS, j. 30.11.92, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, publ. RSTJ 45, p. 163.).

E este outro da lavra do Min. PEÇANHA MARTINS:

Mandado de Segurança. Proclamada a ilegalidade ou abusividade do ato, a condenação de honorários advocatícios é consequência lógica do direito exercitado pelo cidadão para restabelecer a ordem jurídica.
(STJ, MS 1317-DF, j. 23.6.92, Rel. Min. Peçanha Martins, publ. RSTJ 37, p. 118.).

Os reflexos atuais dessa polêmica, acalorados pela divergência no STJ, como não poderia deixar de ser, já se vêm propalando pelas demais Cortes brasileiras, já sendo considerável a quantidade de acórdãos nesse sentido: TJ/RJ *in* RDPG 31/159, 34/139 e Ap. Cível 31.201; TJ/RS, *in* RJTJRS 102/462.

Isso tudo sem considerar que a efetiva condenação em verba honorária, em sede mandamental, viria a obstacularizar desmandos e abusos de poder pelos representantes do Poder Público, diminuindo, por certo, a quantidade (já absurda) de ações nas prateleiras do Judiciário.

Sem dúvida é ato de extrema injustiça ter um cidadão lesado direito líquido e certo seu, tendo de recorrer à Justiça (o que só é possível por meio de advogado) e, como se tudo isso não bastasse, tivesse de arcar com o ônus de seu advogado.

Ora, configurada e reconhecida judicialmente a ilegalidade ou abusividade do ato estatal, sobreleva ser garantido os honorários do Autor-cidadão lesado. Afinal já lhe basta o ato lesivo e ilegal que o constrange.

Com muita propriedade a nossa SUPREMA CORTE julgou processo versando sobre essa hipótese, decidindo surpreendentemente:

Não vejo porque excluir da condenação em honorários advocatícios, quando o mandado de segurança é concedido. A concessão da segurança importa a existência de ilegalidade patente, que se pode reconhecer de plano. Razão a mais para que os honorários sejam concedidos.” (STF, Rel. Min. Luiz Gallotti, in RF 205/88).

De lege ferenda, entretantes, haverá de estar melhor regulamentada a matéria, a fim de que se coloque *dies cedit* em qualquer dúvida, por ventura ainda existente. O ilustre J. M. OTHON SIDOU, ao propor o seguinte aditivo para o dispositivo *de lege ferenda*, em seu Anteprojeto de lei, **“repele que tal verba não se 'harmoniza' com o mandado de segurança: ”Aplicam-se ao mandado de segurança, no que se harmonizarem com a presente lei, os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento, inclusive a condenação nas custas processuais e honorários advocatícios”**. (in *“As garantias ativas dos direitos coletivos, segundo a nova constituição”*, Ed. Forense, 4ª ed., 1992, p. 279.).

Antes disso no entanto, a jurisprudência tem um compromisso com a sociedade, que clama pela aplicação de um direito que lhe seja contemporâneo e, acima de tudo, **justo**. Tem o Poder Judiciário de corrigir esta distorção jurídico-social que o entendimento sumular vem, hoje em dia, gerando.

O direito não serve senão para se realizar, fazendo Justiça. Por isso, já disse IHERING que **“não lhe basta (ao direito) uma pretensão normativa, é preciso que se lhe dê efetividade social”**. Isto é, deverá

sempre atender aos clamores e necessidades da coletividade. Esta a finalidade precípua do Direito.

Nesta linha de intelecção, conclui-se imperiosa a condenação do vencido no Mandado de Segurança em honorários de advogados, não somente porque cometeu ato ilegal e abusivo (vulnerando direito líquido e certo de cidadão), como, igualmente, pelo fato de ter este de contratar advogado para ingressar em juízo a fim de fazer valer o seu direito.

Do contrário, estaremos todos, doravante, submetidos ao jugo estatal, tendo de suportar atitudes arbitrárias, ilegais e abusivas, que martirizam direito líquido e certo (muitas vezes, constitucionalmente assegurado) ou, efetivamente, ter de pagar do próprio bolso honorários advocatícios, suportando mais esse prejuízo, além daqueles outros gerados pelo ato estatal ilegal ou abusivo.

