

Honorários advocatícios em mandado de segurança

JUSTINO ADRIANO F. DA SILVA

Advogado no RS. Professor de Direito das Coisas na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Do Instituto dos Advogados do RS. Da Associação Brasileira de Direito Marítimo

SUMÁRIO

- 1 — *Introdução ao tema*
- 2 — *Natureza jurídica do "Mandamus"*
- 3 — *A verba honorária*
- 4 — *Iniciativas legislativas*
- 5 — *Conclusão*

1 — *Introdução ao tema*

Sobre o instituto dos honorários advocatícios, a tutela legal está no artigo 20 e seus parágrafos do Código de Processo Civil pátrio. O legislador processual de 73, baseado em outros ordenamentos jurídicos (v.g., Código de Processo Civil austríaco, § 41; Código de Processo Civil germânico, § 91 etc.), regulou a matéria como um verdadeiro ônus que se deve atribuir ao litigante que não tinha razão de tal comportamento. O princípio norteador do regramento moderno é o da sucumbência, entendendo-se como tal que, na demanda, o direito a ser garantido deve ser em sua totalidade, isto é, procurando, no máximo possível, eliminar os prejuízos que o vencedor teve com a demanda. O germe do princípio não é mais a culpa, mas o risco. De fato, quem litiga assume o risco de perder a demanda e, portanto, ter de assumir os ônus de sua conduta. É, de certa forma, a idéia que atualmente impera na responsabilidade civil.

O direito vigente entre nós, portanto, não se filia mais na doutrina do dolo ou da culpa. Não há mais o que se falar também, modernamente, na teoria da pena de Hennemann.

No direito pretérito, quando vigorava a letra dos artigos 63 e 64, a doutrina orientadora era a que justificava a incidência da honorária

em virtude de dolo ou de culpa do vencido. Mas esse critério, como salienta ARRUDA ALVIM, era profundamente errado (*Código de Processo Civil Comentado*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, v. 2, p. 189).

Já em 1943 PAULO CARNEIRO MAIA, em artigo sobre o tema para a *Revista Forense*, invocando a lição de ORAZIO SECHI, mostrava que a condenação em honorários constitui-se em encargo e não em pena. Ainda se estava no regime processual de 1939. A inclinação já era para o âmbito do direito processual, para a teoria da sucumbência preconizada por CHIOVENDA, afastando-se dos princípios gerais de direito civil. Mas esses reclamos da doutrina só se fizeram direito formal com a Lei Menezes Cortes (Lei nº 4.632, de 18-5-65), que alterava a redação do artigo 64 daquele código, excluindo o dolo e a culpa como requisitos da incidência da condenação honorária.

Tratando-se de mandado de segurança, entendia-se quase por unanimidade que eram devidos honorários advocatícios ao patrono do impetrante, havendo sentença concessiva do *writ*. Depois, surpreendentemente, em 1969 foi baixada pelo Supremo Tribunal Federal a Súmula nº 512, dizendo que “não cabem honorários de advogado na ação de mandado de segurança”.

Com o surgimento do novo Código de Processo Civil em 1973, pareceu que a regra sumulada não teria mais sentido algum, contudo muitos tribunais continuaram a aplicá-la, ao lado, inclusive, do próprio Supremo.

PONTES DE MIRANDA, com a sabedoria que lhe é peculiar, comentando o artigo 20 do atual Diploma Processual, diz que hoje “não há qualquer especialização de ações para que incida o art. 20. Não importa se a ação é declaratória, constitutiva, positiva ou negativa, condenatória, mandamental ou executiva. Não mais se limita a sanção às ações do ato ilícito absoluto ou relativo. Pressuposto necessário é um só: ter havido perda da causa, pelo autor, ou pelo réu, ou quem quer que seja perdente” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. 1, p. 416). A lição é bem clara, contudo ainda não foi recebida pelo nosso Mais Alto Tribunal do País.

2 — Natureza jurídica do “*mandamus*”

No que tange a natureza jurídica do mandado de segurança, não paira atualmente mais nenhuma dúvida de que se trata de uma verdadeira ação. Ação no sentido corrente na doutrina processualística. A doutrina mais abalizada e que tem predominância atualmente inclina-se totalmente nesse sentido. Assim, *verbi gratia*, ROGÉRIO LAURIA TUCCI, em seu verbete intitulado *Ação de Mandado de Segurança*, publicado na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, pp. 496-504, afirma categoricamente: “Quanto ao primeiro ponto focado, ou seja, relativamente à concepção do *mandado de segurança* como ação, bem é de ver que, embora não se afirmem, em princípio, os critérios do tema oferecem, na excelência de suas diversificadas proposições, elementos seguros para uma afirmação em tal sentido”. E depois de colocar suas razões, remata

categoricamente: “Em suma, é o *mandado de segurança ação* pela qual, originada a instauração de um processo do mesmo nome, exteriorizado em procedimento sumaríssimo, se visa à proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, e violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade, eivado de ilegalidade ou abuso de poder”.

Seu ponto de vista é repetido no verbete sobre o tema do v. 51, p. 139, quando afirma: “Apresenta-se, assim, o *mandamus* como *ação* (v. a respeito, J. M. OTHON SIDOU. *As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos: “habeas corpus”, ação popular, mandado de segurança*. Rio de Janeiro, 1977, pp. 253-4, nº 66; CELSO RIBEIRO BASTOS. *Do Mandado de Segurança*. São Paulo, 1978, pp. 5 e ss.), tomado o vocábulo em acepção estritamente processual, ou seja, de *ação judiciária*, com suas raízes assentadas na Constituição federal e regulamentado por legislação ordinária (a mencionada Lei nº 1.533, de 1951, e outras complementares e modificativas), em que estatuídas, também, as “regras procedimentais adequadas à disciplina do seu processamento”. E JOSÉ DA SILVA PACHECO, em longo e brilhante verbete, logo em seguida, ao tratar do tema “o mandado de segurança como ação”, afirma: “Assim, diante daquela violação de direito subjetivo, há ação de direito material, no círculo que lhe é próprio, inclusive no campo administrativo, e ação judicial, remédio jurídico processual, pela forma adequada que for prevista pela lei processual”.

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, um dos mais proeminentes administrativistas do Brasil, comentando a lei do mandado de segurança, resolve de vez a questão com aquela positividade que lhe é peculiar: “A natureza jurídica do mandado de segurança, portanto, no direito brasileiro, é inequívoca e indiscutível. Trata-se de *ação*, seja o vocábulo tomado no sentido antigo, seja tomado no sentido tradicional, quer na acepção subjetiva, quer na acepção objetiva” (*Comentários às Leis do Mandado de Segurança*. 2ª ed., Saraiva, 1980, p. 26).

Não se trata de uma resposta impensada do autor. Depois de discorrer longamente sobre a origem e evolução do instituto em nosso ordenamento jurídico, pode posicionar-se com absoluta convicção.

Sempre tivemos a mesma impressão.

3 — *A verba honorária*

Já se vão longe os tempos em que os advogados não recebiam recompensas pecuniárias pelo seu trabalho em atenção ao alto mister que desempenhavam. A profissão entre os romanos conferia honrarias a quem a exercia, mas em princípio não tinha fim lucrativo, já que a lei Cincia proibia o recebimento de recompensas, por parte dos advogados, no exercício de suas atividades. Contudo, nenhuma sanção era imposta em caso de transgressão da norma. A recompensa se dava em honrarias (daí hoje *honorários* = recompensa por um bem prestado). Como salienta João MONTEIRO, na antiga Roma o forum era chamado o viveiro

das honras: *Est corpus advocatorum seminarium dignitatum*. CÍCERO fez a confissão de que não entrara naquela laureada carreira senão por ambição e que, se ainda lhe suportava os labores, era para melhor salvaguardar, pelo favor que tal carreira proporcionava, as altas dignidades que nela adquiria (apud SEBASTIÃO DE SOUZA. *Honorários de Advogado*. Rio de Janeiro, Livraria Jacintho, 1941, p. 69).

Hoje os tempos mudaram e a profissão de advogado é uma como qualquer outra, isto é, não visa tão-somente defender os direitos violados dos cidadãos, mas também garantir o sustento econômico do profissional do direito. As recompensas e honrarias que antigamente não se traduziam em estima pecuniária, hoje são representadas pela verba monetária. Ninguém, no estágio de evolução (ou involução) que atingimos, pode atuar se não receber uma recompensa monetária pelo seu labor. É o fruto do capitalismo moderno e da sociedade de consumo que está presente. O advogado precisa estar atualizado, precisa especializar-se, necessita manter uma infra-estrutura organizada que lhe dê condições de defender os interesses de seus constituintes, o que só consegue se receber adequadamente numerários para manter esse estado de coisas.

Não é remota a época em que os tribunais admitiam pacificamente a incidência da verba honorária em mandado de segurança. É de 1963 a seguinte afirmação do eminente Ministro que foi LUIZ GALLOTTI: "Honorários de advogado. Não há por que excluir a condenação neles, quando o mandado de segurança é concedido. A concessão da segurança importa existência de ilegalidade patente, que se pode reconhecer de plano. Razão a mais para que os honorários sejam concedidos" (Rec. Extraordinário nº 51.309 in *D.J.U.*, de 25-7-63, p. 399). Nada mais era do que a consagração da lição do grande RUI BARBOSA, segundo a qual, na jurisprudência brasileira imperava o princípio da responsabilidade da Administração, pelos atos de seus empregados.

Inobstante isto, surpreendentemente, surge, em 3-12-1969, a Súmula nº 512, pregando justamente o contrário, isto é, que "não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança".

Mas esta Súmula é de 1969. Mais de uma década já se passou. O direito não é estanque, pelo contrário, é dinâmico e mutável, acompanhando os anseios da sociedade e as novas alterações que se passam na ordem econômico-social. Vários são os fatos que se sucederam e que por si só justificam sua revogação e adoção de nova orientação. Exemplo típico é o surgimento do Código de Processo Civil de 1973, em que novos princípios orientam o instituto da sucumbência. Agora, por força de seu artigo 20, a sentença sempre condenará o vencido na verba honorária, fixando-se a mesma à luz dos critérios que rodelam o desenrolar do feito.

Autores de escol já se manifestaram pela incidência de honorários no mandado de segurança. Entre outros, destaca-se HELY LOPES MEI-

RELES (*Mandado de Segurança e Ação Popular*. 5ª ed., Revista dos Tribunais, 1978, p. 51); CELSO AGRÍCOLA BARBI (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, v. 1, t. I, pp. 227-9) e BARBOSA MOREIRA, que, com a precisão costumeira, acentua *sub verbo signanter* que “se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas mesmas regras codificadas; se nele existe ação e, *a fortiori*, causa; se há partes e, por conseguinte, parte vencedora e parte vencida e ambas representadas por advogados — então é insustentável a proposição segundo a qual descabe, aí, a condenação em honorários” (*Direito Processual Civil*. Borsoi, 1971, p. 246).

Esse mesmo autor, em seu *Do Mandado de Segurança* (1960, p. 95), diz que “é pacífico, hoje, que a inicial do mandado deve ser subscrita por pessoa que tenha o *jus postulandi*, isto é, a capacidade de requerer em Juízo, a qual, entre nós, é atribuída aos advogados inscritos na Ordem dos Advogados”. Ora, se assim é verdade, correta está a lição de PAULO POLLI NEPOMUCENO quando assevera: “O que se evidencia, *prima facie*, é que, se tem o paciente da violação necessidade de constituir advogado, presumidamente remunerado, justo será que se lhe reembolse o dispêndio sofrido, quando inteiramente descabida a violência, palpável ao primeiro exame e evidenciada como ato de perversidade no uso do poder ou menoscabo pelo direito alheio” (*A Integral Reparação do Dano*. Rio de Janeiro, 1972, p. 283).

Sic, communis opinio magistrorum.

Mas não é só a doutrina que se tem manifestado nesse sentido. A jurisprudência, inobstante a existência da malsinada Súmula nº 512, sempre rente aos fatos e com o advento do diploma processual de 1973, tem concedido a verba honorária nas ações de mandado de segurança. Assim, *exempli gratia*, o Tribunal de Justiça da Guanabara, que através de sua 6ª Câmara, em julgamento levado a efeito em 6 de maio de 1975, acentuou: “São devidos honorários advocatícios em mandado de segurança, tendo em vista os termos amplos e abrangentes do art. 20 do Código de Processo Civil” (*Revista de Processo*, v. 2, p. 353).

Em 14-6-77, a 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em votação unânime, ao apreciar a Apelação nº 3.856, relatada pelo Des. Fonseca Ramos, afirmou *sub verbo signanter*: “Cabe a condenação em honorários advocatícios ao sucumbente do mandado de segurança”. Destacamos os argumentos do Relator, dado a sua importância para a compreensão e para uma orientação segura sobre o assunto: “Como sustenta o eminente Prof. BARBOSA MOREIRA, em insuperável estudo (*Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado*, in *Direito Processual Civil*, pp. 238-247), nada há que justifique, *data venia*, o tratamento concedido à matéria como o fez o E. Pretório Excelso, ao inscrever, na Súmula nº 512, que “não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”. Logo adiante afirma: “A sua configuração específica não afasta a principal, revelada na pró-

pria súmula, isto é, mandado de segurança é uma ação. Desse fato nascem as demais conseqüências, para inscrevê-lo na regra geral das ações". Mais: "A súmula em tela tem, principalmente, na decisão do RE nº 61.097, os pontos principais que encaminharam a nossa mais Alta Corte ao entendimento cristalizado. O ilustre Min. Eloy da Rocha, que foi um dos principais defensores da tese, sustenta que o princípio do sucumbimento adotado pelo art. 64 do CPC "não se aplica às ações não reguladas por este Código, salvo remissão na lei especial. Não se encontra, na Lei nº 1.533, tal remissão (*Referências da Súmula do Supremo Tribunal Federal*, JARDEL NORONHA e ODALÉA MARTINS).

Esse argumento foi decisivo, no desenvolvimento da tese do Egrégio Supremo Tribunal Federal, dividido por maioria. Entretanto a objeção perdeu toda a significação, em face de dois princípios legais do novo Código de Processo Civil: o art. 271, que estabelece que se aplica "a todas as causas procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial", e o artigo 273 acrescenta que "o procedimento especial e o procedimento sumaríssimo regem-se pelas disposições que lhe são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário".

Como adverte o eminente J. J. CALMON DE PASSOS, "subsidiariamente, portanto, as disposições do procedimento ordinário aplicam-se a todos os procedimentos, o que vale dizer: em tudo quanto não estiver expressamente disciplinado pelas disposições peculiares dos procedimentos especiais, ou do procedimento sumaríssimo, aplicam-se as disposições do procedimento ordinário. Isso deixa de ocorrer apenas quando, não sendo expressa, no particular, a disciplina do procedimento especial, ou sumaríssimo, o preceito do procedimento ordinário a ser aplicado é incompatível com o expressamente preceituado para aqueles procedimentos" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. 3, p. 13).

Ora, os princípios que regem a matéria de honorários advocatícios encontram-se entre as regras do processo de conhecimento, e o Código, embora impropriamente chamando-as de disposições gerais (art. 273), a elas se refere.

Da conjunção desses dois princípios legais mencionados conclui-se que envelheceu, *data venia*, a Súmula nº 512 do Egrégio STF. Os doutos saberão, com o seu conhecimento, desenvolver o tema ora esboçado. Os outros argumentos expendidos contra a incidência da condenação em honorários advocatícios no mandado de segurança são brilhantemente rechaçados pelo notável trabalho do Prof. BARBOSA MOREIRA acima mencionado, e cuja repetição, por ociosa, deixa-se de apresentar.

Portanto, em face da nova sistemática processual civil, cabe ao nosso Mais Alto Tribunal de Justiça, *venia permissa*, rever a sua posição doutrinária, atingida que foi pelos citados dispositivos legais do Código Processual.

Como se verifica, não há razão para que sejam negados honorários advocatícios em mandado de segurança. Trata-se de uma verdadeira

ação, como já tivemos a oportunidade de mostrar, invocando os mais conspícuos doutrinadores, e, como tal, sujeita à incidência do disposto no art. 20 do diploma processual brasileiro.

De acordo com a orientação do nosso direito processual civil, cabe ao vencido, seja quem for, particular ou o próprio Estado, arcar com todas as despesas da causa, inclusive honorários de advogado, já que atribui ao vencedor o direito subjetivo ao reembolso das custas que efetuou. Esta é a lição do já referenciado JOSÉ CRETELLA JÚNIOR em seu notável comentário já citado (p. 250).

Além do mais, como se apreende da lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI, em “uma conceituação genérica, despesas do processo devem abranger todos os gastos feitos como conseqüências dele, tais como custas, indenização de viagem, diária a testemunhas, honorários de advogado, remuneração de assistente-técnico de perito” etc. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense, 1975, v. 1, t. I, p. 187).

Ad extremum, registre-se a opinião insuspeita do grande YUSSEF SAID CAHALI, nome que atualmente impõe-se nas letras jurídicas do País:

“A simples insistência com que nossos Tribunais têm sido continuamente provocados pela manifestação a respeito dos honorários de advogado em mandado de segurança já revela, por si, a ânsia revisionista projetada pela insatisfação do critério que tem prevalecido”. Depois de arrolar inúmeras decisões em amparo ao que vimos sustentando, diz esse autor que ainda que algumas delas tenham sido cassadas em grau de recurso extraordinário, seus argumentos e fundamentos reclamam uma melhor meditação: “não importa seja omissa a respeito a Lei nº 1.533, de 1951, porque, ao tempo de sua promulgação, vigia o princípio da culpa e do dolo processual. A lei nova, de caráter geral (Código de Processo de 1939 e reforma de 1965, para a adoção do princípio da sucumbência e Código de Processo de 1973), não abriu nenhuma exceção. A Lei nº 1.533 também nada dispõe sobre as custas, e, quanto a elas, sempre se deu aplicação aos dispositivos do Código de Processo. O mandado de segurança é ação, embora de natureza especial, pois toda ação é meio de defesa de direito, seja para assegurá-lo *in natura*, seja para lhe dar equivalência econômica, sob a forma de ressarcimento. A sentença, concessiva ou denegatória da segurança, decide a *causa*, produzindo os efeitos próprios dos feitos contenciosos. Que há partes, e não parte no processo de segurança, di-lo a própria Lei nº 1.533, de 1951, em seu art. 12, assegurando-lhes o recurso e o direito de sustentação oral. E não importa que seja especial o rito desta causa, pois, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência tem sido aplicado sem restrições” (*Honorários Advocatícios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 487).

4 — Iniciativas legislativas

Em 1981, o Dep. Juarez Furtado, tentando concretizar os anseios dos advogados do País, apresentou na Câmara federal o Projeto de Lei nº 5.756, pelo qual se introduzia mais um parágrafo no artigo 20 do Código de Processo Civil, resolvendo de vez a problemática dos honorários em mandado de segurança. A inclusão seria a seguinte:

“Nas ações de mandado de segurança, em que o impetrante seja vencedor, os honorários serão pagos pela pessoa jurídica a que estiver vinculada a autoridade coatora, cabendo ação regressiva contra esta se agiu com culpa ou dolo” (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 11-12-81, p. 14.853).

Para justificar seu projeto, trazia ponderações do Dr. João José Ramos Schaefer (ex-presidente da OAB-SC) apresentadas na III Conferência Estadual de Advogados, realizada em Lages, naquele Estado. Corroborando, trazia também a lição de SÉRGIO SAHIONE FADEL em seu *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*, segundo a qual “se, ao revés, vencido que seja o Estado, indubitável será a sua condenação em honorários de advogado ao vencedor; e isso como reembolso ao impetrante, ou desoneração da obrigação de pagar honorários a seu advogado”.

Mas não é só este projeto que existe no sentido de resolver definitivamente o problema. Já em 1980, havia sido apresentado outro com a mesma finalidade, o de nº 4.196/80. Tal projeto, hoje com nova redação dada pela Comissão de Constituição e Justiça, aprovado por unanimidade perante a Turma “B”, em 28 de abril de 1982, para segunda discussão (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, de 9 de junho de 1982, nº 76, p. 4.543), está vazado nos seguintes termos:

“Art. 20 — A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Os honorários serão devidos, também, em ação de mandado de segurança e nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.”

Colocar-se-ão, destarte, os pingos nos is.

5 — Conclusão

Urge, portanto, que, de vez, se revise o velho e defasado preceito contido na Súmula nº 512 do Supremo, e para isto é necessário que os tribunais, ao lado da doutrina, manifestem-se, também, nesse sentido.

Nunca é demais lembrar que súmula não é lei, e mesmo que fosse, a lei é fonte secundária do direito. O direito não resulta da pena do legislador, mas sim, dos fatos sociais, dos anseios e reclamos da sociedade. Os fatos não resultam das leis, mas estas é que derivam da evolução dos mesmos, daí por que, direito contra os fatos, nada mais é do que um contra-senso.