

MANDADO DE SEGURANÇA E CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE ADVOGADO

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Docente-livre de Direito Judiciário Civil nas
Faculdades de Direito da UFRJ e da UEG.
Procurador do Estado da Guanabara

Fixando-se em tese esposada por vários de seus Acórdãos, incluiu recentemente o Supremo Tribunal Federal na *Súmula da Jurisprudência Predominante*, sob o n.º 512, constante do Adendo n.º 4, a seguinte proposição: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”. A Excelsa Corte não se tem mostrado insensível à conveniência de rever, em atenção a críticas externas ou como resultado do maior amadurecimento de suas próprias reflexões, enunciados que cedo demais fizera entrar naquele repositório: no mesmo Adendo n.º 4, por exemplo, figura, sob o n.º 549, a afirmação da constitucionalidade da “taxa de bombeiros” do Estado de Pernambuco, “revogada a *Súmula* n.º 274”. Não há louvor que seja demais para essa disposição do Supremo Tribunal Federal; e é com a esperança nela depositada que nos animamos a consignar aqui o nosso apêlo no sentido de que se reexamine a matéria versada em o n.º 512.

Como é notório, a disciplina da condenação em honorários advocatícios modificou-se entre nós com o advento da Lei n.º 4.632, de 18-5-1965. Na redação primitiva, o art. 64 do Código de Processo Civil subordinava essa condenação à existência de “dolo ou culpa, contratual ou extracontratual”, no fato de que se originara a ação. O novo texto, adotando o chamado *princípio do mero sucumbimento* (ou *sucumbência*, como preferem dizer alguns), reza simplesmente que “a sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários de advogado da parte contrária, observado, no que fôr aplicável, o disposto no art. 55”.

Não há como deixar de assinalar, desde logo, importante alteração terminológica, que tudo indica haja sido intencional. Falava o texto derogado em “ação”; fala o vigente em “causa”, expressão que sabidamente traduz conceito mais extenso — e parece óbvio que se quis, com isso, preexcluir quaisquer eventuais dúvidas quanto à aplicabilidade do preceito em processos correspondentes a remédios judiciais de controvertida pertinência à classe das “ações”.

Convém ressaltar que não é esse o caso do mandado de segurança, a cujo processo ninguém ousa contestar a índole *jurisdicional*, tão arbitrário seria negar aí a presença das características que distinguem a *jurisdição* da atividade *materialmente administrativa* exercida pelos órgãos judiciais nos feitos da imprópria-mente chamada “*jurisdição voluntária*” (1). Ora, *jurisdição* e *ação*, como proclama em côro a moderna doutrina processual, são conceitos correlatos: por “*ação*” designa-se, na verdade, o direito à prestação de *jurisdição*, e dêsse sentido fundamental deriva outro, em que se emprega correntemente o termo, para indicar cada uma das modalidades concretas de exercício do referido direito, como quando se alude à *ação cominatória*, às *ações possessórias*, à *ação de embargos de terceiro* ou (porque não?) à *ação de mandado de segurança*. Tôda vez que alguém pede ao Estado providência *jurisdicional* em face de outrem, há pois *ação*; e, sem duvidar-se de que a concessão da *segurança* constitua providência *jurisdicional*, pouco razoável seria deixar de reconhecer que, ao impetrá-la, é *uma ação que se propõe* (2).

Hesitará alguém, aliás, em admitir que o titular do suposto direito, lesado ou ameaçado por ato ilegal ou abusivo de autoridade, possa fazê-lo valer em processo ordinário? Num caso e nou-

(1) V. o metucioso exame da questão feito por BUENO VIDIGAL no Capítulo III da sua monografia sobre o mandado de segurança, agora inserta no volume *Direito Processual Civil*, São Paulo, 1965, págs. 33 e segs., espec. 40/44.

(2) É hoje tranqüila em nossa literatura processual a caracterização do mandado de segurança como *ação*: v., entre outros, BUENO VIDIGAL, *ob. e lug. cit.*; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., t. V, 1959, págs. 147 e segs.; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil brasileiro*, 2.ª ed., 1959, vol. IV, pág. 429; SEABRA FAGUNDES, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4.ª ed., 1967, pág. 261; CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, 2.ª ed., 1966, págs. 43 e segs.; JORGE SALOMÃO, *Execução de sentença em mandado de segurança*, s/d, págs. 38 e segs.; ARNOLDO WALD, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 3.ª ed., 1968, págs. 106 e segs.

tro, estará êle invocando — só que por *formas* diversas — a tutela jurisdicional do Estado; se aqui existe *ação*, existirá também ali. Substancialmente, não se vislumbra diferença entre o mandado de segurança e a ação ordinária por que se buscasse proteção para o mesmo alegado direito. As dessemelhanças são tôdas *formais*, restritas ao rito, à extensão da atividade probatória admissível, à maneira de executar-se a decisão...

As precedentes considerações, porém, mostram-se a rigor duplamente supérfluas. Primeiro, porque não é só às “ações”, mas a quaisquer “causas”, que se refere, em seu teor atual, o art. 64 do Código de Processo Civil; e quem pretender insinuar que no processo do mandado de segurança, além de inexistir *ação*, também inexistente *causa*, assumirá o gravíssimo ônus de explicar *que é que existe*, afinal de contas, nesse processo... Segundo, porque o Supremo Tribunal Federal, em boa hora, adere com tôdas as letras à doutrina correta: o enunciado n.º 512 da *Súmula*, com efeito, usa — e usa muitíssimo bem — a expressão “ação de mandado de segurança”.

2. Ter-se-ia de procurar alhures, portanto, a justificação da tese consagrada. Mas é uma pesquisa — diga-se com a máxima reverência — que em vão se empreenderá. Fácil demonstrá-lo, analisando, ainda que brevemente, os outros argumentos a que se poderia recorrer para lastrear o enunciado n.º 512:

a) *Regendo-se por lei especial (ou antes, por leis especiais) o processo do mandado de segurança, não se lhe applicaria o disposto no art. 64 do Código de Processo Civil, que do mandado de segurança não trata.*

A isso se responde dizendo que as normas do Código constituem fonte subsidiária da disciplina de qualquer processo especial, regulado por lei anterior ou posterior a êle, e incidem em tudo que não contrarie o regime específico traçado pelo diploma pertinente. O direito processual civil cristalizado no Código é *direito processual civil comum*, que só cede ante a existência de regra peculiar a tal ou qual processo, mas que cobre tôda a área deixada em branco pela regulamentação específica, na medida em que seja com esta compatível (3). E isso independentemente de remissão

(3) Com razão adverte PONTES DE MIRANDA, *Coment. cit.*, t. I, pág. 72: “Não se pense, todavia, que, com o fato de haver processo especial, perde o Código a sua importância como lei. Os seus preceitos enchem, com o processo

expressa — que, onde a faça a lei especial, deve reputar-se *meramente explicitante* (4).

Aliás, o Pretório Excelso, mais uma vez com inteiro acêrto, reconhece essa incidência supletiva das normas codificadas — e particularmente da norma do art. 64 —, quando assenta, no enunciado n.º 519 da *Súmula*, a respectiva aplicabilidade ao processo executivo fiscal. No que concerne ao mandado de segurança, impende notar que nas leis especiais nada se dispõe, *v. g.*, sobre a contagem dos prazos judiciais, sobre a capacidade do impetrante e os modos de suprir-lhe a falta, sobre a nulidade dos atos processuais e vários outros tópicos que, à evidência, não podem ficar, nesse processo, *sem disciplina*... Onde encontrá-la, todavia, senão no Código de Processo Civil? Assim também, é neste que se deve procurar a disciplina da condenação na verba honorária, a cujo respeito silenciam as leis especiais.

b) *O art. 64 do Código de Processo Civil, referindo-se a “parte vencida” e a “parte contrária”, não se applicaria ao processo do mandado de segurança, em que não há “partes”.*

O argumento decorre logicamente da recalitrância em admitir a existência de “ação” no processo do mandado de segurança, e está refutado, *ipso facto*, com a demonstração da inconsistência de tal escrúpulo. Tratando-se, como se trata, de processo jurisdicional, de processo de ação, é evidente que não pode deixar de haver partes: seria uma contradição nos termos. *Partes*, em qualquer processo, são aquêle que pede e aquêle em face de quem se pede — num e noutro caso, em nome próprio — a tutela jurisdicional do Estado. No processo do mandado de segurança, parte ativa é o impetrante, sem dúvida alguma; parte passiva, de acôrdo com a doutrina prevalecente, é a pessoa jurídica (de direito pú-

especial, todo o espaço e só falham no espaço em que os preceitos do processo especial têm de ser observados”. No mesmo sentido, EVANDRO GUERROS LEITE, *Conflitos intercontextuais de processo*, 1963, pág. 43: “Se bem que contenham as leis especiais as suas próprias normas de processo, não poderão dispensar, quando fôr o caso, a atuação subsidiária do Código de Processo Civil”; e pág. 100: “Mas fora das omissões ou dos espaços em branco preenchidos, como fora das normas especiais editadas para situações singulares, tôda a disciplina geral do Código, tôda a sua sistemática incide sobre os processos especiais com o mesmo vigor e a mesma generalidade”.

(4) É o caso do art. 19 da Lei n.º 1.533, que manda aplicar, no processo do mandado de segurança, o disposto nos arts. 88 a 94 do Código de Processo Civil. Ainda sem essa remissão, seriam certamente admissíveis naquele processo o litisconsórcio e a assistência, como o são em vários feitos também regulados por leis especiais que nenhuma regra análoga contêm.

blico, as mais das vèzes) em cujos quadros se insere a autoridade dita coatora (5).

È o caso de indagar-se: porventura não se aplica ao impetrante, por exemplo, o disposto sôbre a representação dos absolutamente incapazes e a assistência aos relativamente incapazes, no art. 80 do Código — o primeiro de um Capítulo intitulado, precisamente, “Das partes e da capacidade processual”? Não diz a própria Lei n.º 1.533, no art. 10, que os autos, após a audiência do Ministério Público, “serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação *da parte*” — isto é, do impetrante? Não diz, mais, no art. 12, que no julgamento do agravo de petição acaso interposto se assegura “às partes” — ao impetrante e à pessoa jurídica contra a qual se dirige a impetração, é óbvio — “o direito de sustentação perante o tribunal *ad quem*”?

Ora, se há partes, há necessariamente, ao fim do processo (e abstraindo-se da hipótese de sucumbimento recíproco), uma *parte vencida* e outra *parte vencedora* — a “parte contrária” a que alude o art. 64 do Código, e à qual deve a primeira pagar honorários de advogado. A não ser, é claro, que o juiz, como aquêle da velha anedota, julgue a causa empatada e condene o escrivão nas custas — e também, quem sabe, nos honorários de ambos os advogados... Vencida será a pessoa jurídica, quando se conceda a segurança; vencido o impetrante, quando se denegue a segurança, ou se extinga o processo, por qualquer razão, sem julgamento do mérito (6). A pessoa jurídica ali, ao impetrante aqui, tem-se de impor a condenação na verba honorária.

c) Não ocorreria, no processo do mandado de segurança, a atuação de um “advogado” da entidade contra a qual se dirige a impetração.

Liga-se a idéia a um equívoco infelizmente consagrado na prática judiciária. O art. 10 da Lei n.º 1.533 determina que,

(5) Assim, *v.g.*, LOPES DA COSTA, ob. e vol. cit., pág. 429; CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, 6.ª ed., 1961, págs. 321, 325; TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, 4.ª ed., 1957, pág. 260; SEABRA FAGUNDES, ob. cit., pág. 306; CELSO AGRÍCOLA BARBI, ob. cit., págs. 108 e segs.

(6) Por exemplo, se não se conhece da impetração, por incabível o remédio especial, ou se se decreta a absolvição da instância (*v.*, sôbre a possibilidade desta no processo do mandado de segurança, os Acórdãos do Supremo Tribunal Federal, de 22-7-1959 e de 2-7-1962, publicados respectivamente no *Diário da Justiça* de 22-2-1960, pág. 459 do apenso, e de 26-9-1963, pág. 911 do apenso).

findo o prazo para a prestação de informações pela autoridade apontada como coatora, se abra vista dos autos, por cinco dias, ao “representante do Ministério Público”, e sejam êles em seguida conclusos ao juiz, para sentença. A expressão aspeada, usou-a o legislador, à evidência, com os olhos postos na sistemática do direito federal, em que ao Ministério Público se atribui a função de representar a União em juízo (Constituição de 1946, art. 126 e parágrafo único; de 1967, art. 138 e § 2.º; menos explicitamente, Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 95 e § 2.º). Um entendimento *literal* do texto, contudo, impôs a praxe de ouvir-se, ainda no plano local, o Ministério Público, que não representa judicialmente o Estado, admitindo-se, na melhor hipótese, que *também a êste* se deva proporcionar o ensejo de falar no processo, através do órgão próprio.

Se com isso se desatendia ao espírito da própria Lei n.º 1.533, já agora contraria manifestamente direito expresso, ao menos no caso de concessão liminar, a imposição de silêncio ao representante judicial da entidade contra a qual se impetrou a segurança. Reza, com efeito, o art. 3.º da Lei n.º 4.348, de 26-6-1964, que “as autoridades administrativas, no prazo de 48 horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo do poder”. Mas é claro que a “defesa do ato” não há de limitar-se às hipóteses de segurança concedida *in limine litis*. A lógica mais elementar reclama a abertura de oportunidade ao representante judicial da pessoa jurídica para que, em qualquer caso, tente demonstrar a improcedência do pedido, ou argua as preliminares porventura cabíveis. Não há como fugir a tal conclusão, se se reconhece à pessoa jurídica a posição de parte passiva no processo do mandado de segurança: estaria a vulnerar-se frontalmente o princípio do contraditório, que informa todo o nosso direito processual; *audiatur et altera pars* (7).

(7) Abona-se a nossa conclusão com o pronunciamento incisivo, e baseado em argumentos irrefutáveis, de CELSO AGRÍCOLA BARBI, ob. cit., pá-

Atua, pois, necessariamente, no processo do mandado de segurança, um “advogado” da pessoa jurídica, seja ela de direito privado ou, como ocorre com mais freqüência, de direito público. Na segunda hipótese, o “advogado” será naturalmente aquêle a quem a Constituição ou a lei defira a representação judicial da entidade. Por sua voz é que esta exercerá, *v. g.*, “o direito de sustentação perante o tribunal *ad quem*”, no julgamento do agravo de petição.

Aliás, mesmo que assim não se entendesse, a incidência do art. 64 do Código de Processo Civil não se poderia excluir senão nos mandados de segurança impetrados contra pessoa jurídica de direito público; e, ainda nesse âmbito, unicamente quando vencido o impetrante. Tal circunstância, por si só, põe a nu a fragilidade do argumento.

d) O representante judicial da pessoa jurídica de direito público, na qualidade de funcionário, já recebe dela o estipêndio correspondente ao seu cargo, e com isso está recompensado de todos os serviços nos processos em que a defenda.

A ser verdadeiro este argumento — cumpre logo observar —, de um lado provaria demais, e de outro provaria de menos. Provaria *demais* porque, com base nêle, teria logicamente de sustentar-se a inaplicabilidade do art. 64 do Código de Processo Civil não apenas no mandado de segurança, mas *em qualquer feito onde fôsse parte alguma pessoa jurídica de direito público*. Ou antes: *em qualquer feito onde fôsse parte alguém que remunerere, com prestações sucessivas e periódicas, o advogado incumbido de atuar*. O art. 64 seria inaplicável onde quer que atuasse advogado contratado, por exemplo, sob o regime trabalhista, para defender em juízo uma sociedade comercial. Jamais se chegou, tanto quanto sabemos, a cogitar disso; mas a conclusão, no rigor da lógica, é inevitável. Sem dúvida, num caso há entre a parte e seu representante relação de função pública, no outro relação contratual; a característica de que se tira o argumento, porém, é comum a ambos os casos e ainda o será, talvez, a outros. Diga-se de passagem que não foi, com certeza, por tal razão que o Pretório Excelso redigiu o enunciado n.º 512 da *Súmula*: teria êle incorrido

ginas 141/3. Cf., já anteriormente, as opiniões de CASTRO NUNES, *ob. cit.*, pág. 826 (no tocante aos Municípios), e GUILHERME ESTELITA, *O Ministério Público e o processo civil*, 1956, págs. 16/7.

em palmar contradição ao afirmar, simultaneamente, a incidência do art. 64 do Código de Processo Civil no executivo fiscal, em que atuarão, pela pessoa jurídica de direito público, *os mesmos* representantes judiciais habilitados a defendê-la no processo do mandado de segurança.

Provaria *de menos* o argumento porque, segundo já se acentou, nem todos os mandados de segurança se impetram contra pessoas jurídicas de direito público; e, ademais, porque o impetrante tanto pode sucumbir quanto vencer, e nesta última hipótese o raciocínio sob exame não encontraria cabimento algum. Mas como condicionar ao *eventum litis* o nascimento da obrigação de pagar honorários? Seria criar, *sem nenhum apoio legal*, diferença de tratamento entre os litigantes. O art. 64, na sua vigente redação, não distingue, sequer implicitamente, entre os casos de vitória do autor e de vitória do réu.

Se se descer, todavia, à substância da questão, ver-se-á, sem dificuldade, que o argumento é *falso em si mesmo*. A obrigação de pagar honorários, resultante do sucumbimento, não se caracteriza como obrigação de recompensar serviços prestados. O advogado da parte vencedora presta acaso serviços à parte vencida?... Presta-os, sim, àquela que representou no processo; mas a relação jurídica entre êle e ela é *res inter alios* em face da parte contrária, e de modo algum se poderia conceber que repousasse em tal relação o dever de que trata o art. 64 do Código de Processo Civil. É absurdo figurar o pagamento do *quantum* fixado na sentença, a título de honorários advocatícios, como adimplemento de obrigação alheia: quando o vencido cumpre essa condenação acessória, não se está substituindo ao vencedor, não está prestando algo que incumbisse, em princípio, ao vencedor, como contraprestação dos serviços do seu advogado.

O fato constitutivo do dever de pagar honorários, para a parte vencida, não se há de identificar senão no próprio fato de ter sido derrotada. Em outras palavras: na sentença mesma que deu ganho de causa ao adversário. Essa sentença, onde predomina sem dúvida, no capítulo que ora interessa, o elemento *condenatório* — e que ministra ao vencedor o *título* para a execução —, tem contudo forte dose de *constitutividade* (8).

(8) CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, 2.ª ed., 1935, pág. 177, qualificava de constitutiva a decisão referente às custas (conceito em que se compreendiam os honorários advocatícios).

A luz do exposto é que se pode compreender porque não fica afastada a incidência do art. 64 ainda quando se haja o advogado da parte vencedora, por exemplo, obrigado a prestar *gratuitamente* a esta os seus serviços profissionais no processo. A parte vencida nada tem com semelhante ajuste entre o adversário e seu advogado. Não se beneficia d'ele e continua sujeita à condenação na verba honorária. Em contrapartida, o vencedor jamais poderia pretender que ao vencido se impusesse a obrigação de pagar importância *coincidente* com a fixada no contrato de honorários que celebrou com o advogado. A fixação cabe ao juiz, que se orientará apenas pelos critérios legais (v. os §§ 1.º e 2.º do art. 64) e pelo costume forense. É tão completa a autonomia do dever nascente para o vencido, por efeito do sucumbimento, que os nossos tribunais têm aplicado o art. 64, proferindo a condenação ali prevista, até nos casos em que o vencedor, profissionalmente habilitado, *advogou em causa própria* (9).

e) *Sendo garantia constitucional, e guardando afinidade, como tal, com o habeas corpus, não se compadeceria o mandado de segurança com a condenação em honorários, pela mesma razão por que com ela não se compadece o habeas corpus.*

Mas a razão fundamental por que não ocorre, no *habeas corpus*, a condenação em honorários, consiste em que êsse instituto é disciplinado pelo direito processual *penal*. Manifesto absurdo seria invocar essa *mesma* razão a propósito do mandado de segurança. Por mais *afins* que se queira considerar, noutros aspectos, os dois institutos, é evidentíssimo que não se pode pôr em iguais termos, para um e outro, a questão da aplicabilidade de norma inserta na lei processual *civil*.

3. Não nos constando a existência de outros argumentos com que se pudesse impugnar a incidência do art. 64 no processo do mandado de segurança, recapitulemos: se êsse processo especial se rege subsidiariamente pelas normas codificadas; se nêle existe ação e, *a fortiori*, causa; se há partes e, por conseguinte, parte vencedora e parte vencida, ambas representadas por advogados — então é insustentável a proposição segundo a qual descabe, aí, a condenação em honorários. Ela parece refletir

(9) V., por exemplo, Acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, de 30-4-1969, in *Rev. dos Trib.*, vol. 403, pág. 239.

unicamente a subsistência mal disfarçada, e a esta altura incompreensível, de velhos preconceitos que se costumavam opor ao reconhecimento da cidadania processual do mandado de segurança.

Não há porque enxergar no mandado de segurança uma extravagância legal, de impossível enquadramento nos cânones tradicionais do processo civil. As suas peculiaridades não o convertem numa aberração. Renunciam a explicá-lo em termos racionais, com o instrumental da técnica jurídica, os que, sob color de acentuar-lhe a singularidade, se contentam em pespegar-lhe epítetos mais ou menos pitorescos, como o de "remédio heróico" e quejandos. Mas tal confissão de impotência de modo algum valoriza o instituto. Só faz reduzi-lo ao nível de curiosidade de feira.

Em nada aproveita ao mandado de segurança, nem à ciência, nem afinal à Justiça, boquiabrimo-nos diante d'ele, como diante de esfinge que ainda não houvesse encontrado o seu Édipo. Há no instituto uma estrutura inteligível, e a originalidade dêste ou daquele traço não tira à doutrina processual a aptidão para interpretá-la e traduzi-la conceptualmente com os recursos que lhe são próprios, e que muito bem se adaptam ao objeto investigado. Respeitemos-lhe a individualidade, sem expulsá-lo da sede natural: é a única atitude propícia à preservação do seu valor e ao aprimoramento que êle urgentemente reclama.

Ao redor do mandado de segurança estendeu-se uma rede de equívocos, a que se acrescenta nova malha tôda vez que se quer tratá-lo como instituto *sui generis*. Nenhum processo especial é instituto *sui generis*: as próprias denominações são daquelas *qui hurlent de se trouver ensemble*... Daí o desacêrto — seja-nos permitido dizê-lo, sempre com o maior respeito — do enunciado inserto na *Súmula* sob o n.º 512. Antes de nós já o proclamaram, aliás, vários Ministros da Excelsa Côrte, entre os quais o eminente processualista MOACIR AMARAL SANTOS. Estamos em que, mais cedo ou mais tarde, há de reconhecê-lo e corrigi-lo o Supremo Tribunal Federal. Daqui lhe bateremos, quando chegar o momento, os nossos modestos mas entusiásticos aplausos.