

JURISPRUDÊNCIA

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Relator Desembargador Álvaro Cury

Ato indecoroso, chocante e reprovável diante da moral e da respeitabilidade praticado por professores de Educação física contra colegas, seus alunos, a título de "trote" - Brincadeira de mau gosto, da qual resultaram lesões corporais, sem caracterização de ato libidinoso - Inexistência de dolo - Delito não configurado - Absolvição decretada - Apelação provida - Inteligência dos arts. 214 e 226, II, do CP de 1940.

Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz, por parte do agente, expansão de luxúria, deixará de ter cunho libidinoso. Não pode existir ato libidinoso sem libidinosidade. Tem esta de ser reconhecida sob duplo ponto-de-vista: objetivo e subjetivo. Deve existir no *factum externum* e no *factum internum*.

Ap. 33.436.3 - 6ª C. - j. 25.9.85 - rel. Des. Álvaro Cury.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos de apelação criminal 33.436-3, da comarca de São João da Boa Vista, em que são apelantes José de Souza e José Augusto Neto, sendo apelada a Justiça Pública.

Pela r. sentença de fls. 333, oriunda da 2ª Vara da comarca de São João da Boa Vista e cujo relatório fica adotado, acrescente-se que os apelantes José de Souza e José Augusto Piovesan Neto foram condenados, respectivamente, às penas de 2 anos e 11 meses de reclusão e 2 anos e 4 meses de reclusão, por infringência dos arts. 214, c/c o art. 226, II, e 25 e 51, § 2º, todos do CP permitindo-se-lhes apelar em liberdade.

E foi o que fizeram, por seus cultos e combativos Defensores. Sustentam a inexistência do fato. A ausência do elemento subjetivo especial dirigido à prática do ato libidinoso, capaz de caracterizar o delito do art.214 do CP. Querem, ambos, pois, a absolvição. Preliminarmente, todavia, postulam, na nulidade do feito, por ilegitimidade de Ministério Público para intentar a ação penal, que não pode ser pública, aplicando-se, na hipótese, a regra especial do art.225, e não a do art.103, ambos do CP.

Processados os apelos, nesta instância, a ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo improvimento dos apelos. É uma síntese do necessário.

Repele-se a preliminar suscitada, por entender-se que, nos crimes contra os costumes, o Ministério Público é parte legítima para a iniciativa da ação penal, toda vez que houver prática de violência e caiba, ao menos em tese, o oferecimento de denúncia para apuração de crime de ação pública.

Essa tem sido a orientação que vem prevalecendo nesta C.Corte e mesmo no Pretório Excelso, sendo de todo dispensável, em tais hipóteses, comprovação de pobreza do ofendido ou a formulação de representação.

Julgou, com efeito, o Tribunal Maior do País, em caso semelhante: "Praticado o crime (de natureza sexual) com violência

real, originando lesões corporais outras, a perseguição é de ser intentada por ação penal pública (CP, art. 103, excluída a incidência do art. 225 do mesmo Código)" (RE 101.112-2-SP, 2ª T. rel. Min. Décio Miranda, in DJU 29.6.84. p. 10.755).

No caso em exame, como se pode verificar dos autos, quase todas as vítimas sofreram lesões corporais leves, podendo perfeitamente o Ministério Público, competente para a perseguição penal por esse delito, agitar a ação penal também pelo crime de índole sexual.

Segundo a peça vestibular, realizou-se entre o período de 22 a 25.9.80, na cidade de São João da Boa Vista, um Campeonato Colegial de Esportes, promovido pela Prefeitura Municipal local, do qual participaram alunos de diversos estabelecimentos escolares dessa região. E, entre eles, 22 escolares das vizinhas cidades de Divinolândia e São Sebastião da Gramma, cujas idades variavam entre 12 e 14 anos. Tais menores, após autorização paterna, exigida pela direção das respectivas escolas, foram confiados à guarda de um professor de Educação Física, o apelante, José de Souza, que já ministrava essa disciplina nos estabelecimentos de ensino das referidas cidades. Alojados, professor e alunos em acomodações existentes no próprio Estádio de Esportes Municipais, de São João da Boa Vista, ocasião em que, também ali se encontrava outro professor de Educação Física, José Augusto Piovesan Neto, cuja função era funcionar como árbitro de algumas modalidades de esporte do mencionado campeonato.

O campeonato transcorria normalmente, quando os referidos professores resolveram, a título de "trote", praticar contra esses menores, então indefesos e impotentes de qualquer reação, quer pela condição física, quer pela diferença de idade, quer, principalmente, pelo respeito ao Mestre, atos libidinosos e imorais que, além de feri-los física e psiquicamente, chegando mesmo a traumatizar alguns deles, vieram chocar, profundamente, seus familiares, inclusive a opinião pública da região.

Assim é, que, prossegue a denúncia, os referidos Professores, mediante violência, constrangem os 22 alunos, de forma a permitirem que com eles fossem praticados atos libidinosos,

pois, em seus ânus, introduziram o bico de tubos de pasta dentífrica, após o que os expremiam, injetando, no interior do reto, seu conteúdo, dizendo-lhes, inclusive, que isso era para que eles evacuassem branco e assim não fossem mais "virgem".

Indiscutivelmente, no processo, há dois pontos fundamentais: a) existência do fato e autoria do mesmo atribuída aos apelantes; e b) tal conduta se resumiu num "trote", que, de resto, era tradicional em tais competições esportivas.

Essa conduta dos apelantes constitui um procedimento ilícito no campo do Direito Penal? A resposta só pode ser afirmativa. E, assim entendendo, optou o douto magistrado sentenciante de 1ª instância pela ocorrência, na hipótese, de um atentado violento ao pudor, de forma continuada.

Todavia, pese embora o respeito que se tem às manifestações dos ilustres Doutrinadores citados na sentença para demonstrar, tipicamente, a existência do atentado violento ao pudor, não se pode acolher, indubitavelmente, na hipótese dos autos, o atentado à liberdade sexual dos sujeitos passivos, exatamente, por ausência do elemento subjetivo que, tradicionalmente, se denomina de específico.

E, efetivamente, se no Direito Penal vige o princípio da reserva legal, não se pode estender a incidência da norma incriminadora que restringe a liberdade humana e, por isso, a sua interpretação há de ser estrita. Por esse parâmetro, verifica-se que o atentado violento ao pudor está inserido no capítulo "Dos crimes contra a liberdade sexual", juntamente com o denominado "Estupro", para os quais se exige, sempre, o dolo específico. Ora, como esclarece a Exposição de Motivos do Código de 1940, foram conservadas as "figuras clássicas do estupro e do atentado violento ao pudor". Este crime, previsto no art. 214, assemelha-se ao estupro através da comum característica do constrangimento para fim libidinoso. Distingue-se, porém, desse outro delito, em que o sujeito passivo e o sujeito ativo tanto podem ser homem como mulher, e em que o ato libidinoso não deverá ser a conjunção carnal.

Através desse último aspecto, cumpre observar que, sendo indiscutivelmente configurável a tentativa de estupro, em que não chega a verificar-se a conjunção carnal, é grande a semelhança entre essa tentativa e o atentado violento ao pudor. A diferenciação há de se fazer tendo-se em vista o intuito do agente. Os atos atentatórios ao pudor praticados com o fim inequívoco de manter cópula carnal, que, todavia, não se verifique, constituirão tentativa de estupro. No crime chamado atentado violento ao pudor, os atos são diversos da conjunção carnal e o sujeito ativo não visa realizá-la.

Assim, vinculadas, indiscutivelmente, as figuras tradicionais do "estupro" e do "atentado ao pudor", com características semelhantes e diferentes, não se pode prescindir do elemento subjetivo especial sempre voltado ou à conjunção carnal ou ao ato libidinoso diverso daquela, mas ligado ao ato libidinoso que é lascivo, voluptuoso, visando ao prazer sexual. O dolo há de ser, por isso especial, ao fim de satisfazer a concupiscência, sem o que não haverá esse crime, sem tal propósito.

A interpretação teleológica leva a essa conclusão, pois como ensina Carlos Maximiliano, acerca do emprego teleológico: a) as leis conformes no seu fim devem ter idêntica execução e não podem ser entendidas de modo que produzam decisões diferentes sobre o mesmo objeto; b) se o fim decorre de uma série de leis, cada uma há de ser, quanto possível, compreendida de maneira que corresponda ao objetivo resultando do conjunto e, finalmente c) os títulos, as epígrafes, o preâmbulo e as exposições de motivos da lei auxiliam a reconhecer o fim primitivo da mesma" (cf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 9ª ed., p. 156*).

Com tal orientação estão de acordo respeitáveis penalistas como Heleno Cláudio Fragoso, quando afirma: "Sobre o conceito de ato libidinoso, cf.n.61, supra: toda ação atentatória ao pudor, praticada com o propósito lascivo ou luxurioso (*Wolluestiger Absicht*). Não será de reconhecer-se o ato libidinoso, se não foi praticado com esse fim especial, de satisfazer a própria concupiscência, não pertencendo tal fim ao elemento subjetivo do

crime, mas, sim, ao próprio conceito de ato libidinoso, que envolve este aspecto subjetivo" (cf. Lições de Direito Penal, v.2/395).

Outro, aliás, não é o pensar do inigualável e saudoso Nélson Hungria: "Além de ser objetivamente atentatório do pudor, contrastando com o sentimento médio de moralidade sexual, deve ter como impulso ou fim a lascívia. Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz, da parte do agente, uma expansão de luxúria, deixará de ter cunho libidinoso. Não pode existir ato libidinoso sem libidinosidade. Tem esta de ser reconhecida sob um duplo ponto de vista: objetivo e subjetivo. Deve existir no *factum externum* e no *factum internum*".

Aos ensinamentos de tradicionais penalistas se ajunta o do moderno e estudioso Celso Delmanto, em sua proveitosa obra *Código Penal Anotado*, 5ª ed., p. 292, roborando aqueles conceitos ao afirmar: "Ato libidinoso é o ato lascivo, voluptuoso, que visa ao prazer sexual. Dolo é o elemento subjetivo do tipo que é o especial fim de satisfazer a concupiscência; não haverá este crime, sem tal propósito. Na doutrina tradicional é o "dolo específico".

A jurisprudência, também, não discrepa de tais ensinamentos: "Ausente o elemento subjetivo do injusto versado no art.214 do CP, ou seja, o fim especial do agente ativo de auferir prazer sexual, não se configura o delito de atentado violento ao pudor" (RT 561/404).

"Ato libidinoso diverso da conjunção carnal é todo aquele que se apresenta como desafogo à concupiscência, através de um equivalente ou sucedâneo de coito normal" (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, Alberto Silva Franco e outros, p. 584).

"Há de se entender como libidinoso todo fato libidinoso diverso da conjunção carnal que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência" (ob cit., p.584).

Assim, a conduta dos apelantes pode ter sido de péssimo mau gosto, profundamente chocante e reprovável pelos princípios da moral, principalmente na situação em que se encontravam, merecendo toda a reprovação da sociedade, mas daí,

chegar-se à incriminação de um atentado violento ao pudor é ir-se muito longo, *data venia*, ferindo-se o princípio da reserva legal e interpretando-se o art. 214 do CP de maneira extensiva, o que é defeso, no sistema repressivo penal.

Da brincadeira ou "trote" de mau gosto, resultaram para os ofendidos lesões corporais leves e, estas, sim constituíram, tipicamente, o delito previsto no art. 129 do CP. implicitamente, descrito na peça vestibular.

Mas, a sua punição, a esta altura, torna-se impossível, porque alcançada pela prescrição.

Por tais motivos: Acordam, em 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, repelida a preliminar, dar provimento ao apelo para absolver os apelantes. Custas na forma da lei.

O julgamento teve a participação dos Des. Hélio Arruda, pres. sem voto, Néelson Fonseca e Djalma Lofrano, com votos vencedores. São Paulo, 25 de setembro de 1985 - ÁLVARO CURY, relator

Agravo de Instrumento nº 145.395-8 São Paulo

Relator: Ministro Celso de Mello

Agte.: Município de Pindamonhangaba

Advs.: Geraldo Ataliba e outros

Agdo.: Presidente da Assembléia Legislativa de São Paulo

Advs.: Ivan Correa de Toledo e outros

Despacho: Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu recurso extraordinário interposto de decisão proferida em 1991 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgou extinto o processo de mandado de segurança instaurado pelo ora agravante.

As decisões denegatórias do writ mandamental, quando proferidas em única instância pelos Tribunais federais ou locais, comportam impugnação recursal dirigida ao Superior Tribunal da Justiça, que exercerá, nos termos da Constituição, a sua interrogável competência recursal ordinária.

Dentro do quadro normativo delineado pela Lei Fundamental da República, o recurso cabível contra decisão denegatória de mandado de segurança, proferida em única instância por Tribunal estadual como no caso - é, pois, o recurso ordinário, interponível, nos termos do art. 105, II, b, da Carta Política, para o E. Superior Tribunal de Justiça.

O recurso ordinário em questão, de índole eminentemente constitucional, não pode ser substituído por outro no caso, o

extraordinário sob pena de grave ofensa ao que dispõe a Constituição Federal, de um lado, e de usurpação da competência deferida ao Superior Tribunal de Justiça, de outro.

Nem se diga que o ato decisório que declarou extinto o processo mandamental, por haver reconhecido a consumação do prazo decadencial para impetrar o writ, não se ajustaria, para efeitos recursais ordinários, ao sentido da cláusula que, inscrita na Carta política, refere-se à decisão denegatória do mandado de segurança.

A locução constitucional - "quando denegatória decisão" - tem sentido amplo, pois não só compreende as decisões dos Tribunais que, apreciando o *meritum causae*, indeferem o pedido de mandado de segurança, como também abrange aquelas que, sem julgamento do mérito, operam a extinção do processo (RTJ 132/718, Rel. Min. Celso de Mello).

O significado dessa expressão, que se revela o mesmo tanto às ações de habeas corpus quanto às de mandado de segurança (RTJ 72/51 - RHC 59.538, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, DJU de 12.04.82), foi em definitivo, no plano doutrinário, pelo eminente Professor e Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça ("Mandado de Segurança e de Injunção", p. 119, item n. 11, 1990, Saraiva), cujo magistério inclui, na compreensão das decisões denegatórias da ação de segurança, "...também as que extinguem o processo sem apreciar o mérito".

O fato inquestionável nesse caso é que o Tribunal a quo, ao julgar extinto o processo mandamental com fundamento no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, c/c o art. 18 da Lei nº 1533/51, emitiu provimento jurisdicional evidentemente denegatório da concessão do mandado de segurança. Nesse contexto, evidenciava-se cabível um único recurso: o recurso ordinário constitucional, que não poderia ser substituído pelo apelo extremo, eis que, nesse tema, é absoluta a indisponibilidade das formas recursais.

De outro lado, cumpre assinalar que, mesmo que o *thema decidendum* envolva matéria constitucional, ainda assim o

meio de impugnação adequado nas hipóteses de denegação originária do mandado de segurança por Tribunal de Justiça continuará sendo o recurso ordinário.

O regime de interposição dessa modalidade recursal ordinária define-se em função do caráter negativo do pronunciamento jurisdicional em sede de mandado de segurança, e não em razão da natureza das categorias temáticas versadas na decisão denegatória do writ.

Isso significa que, tratando-se de decisão denegatória de mandado de segurança proferida por Tribunal local em única instância, terá pertinência o recurso ordinário, a ser interposto para o Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha instaurado controvérsia de índole constitucional no âmbito do processo mandamental.

Cumpra registrar, neste ponto, o autorizado magistério de Celso Agrícola Barbi que, ao versar o tema do recurso ordinário em mandado de segurança no Superior Tribunal de Justiça, assinalou, verbis:

"Outra questão a examinar é o cabimento do recurso ordinário, quando a decisão denegatória contrariar dispositivo da Constituição, ou tiver declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgado válida lei ou ato de governo estadual, contestado em face da Constituição. Cabe indagar se o recurso não será o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, com base no art. 102, III, da Constituição.

Para solucionar a questão, convém lembrar que o entendimento tradicional é de que o recurso extraordinário só é cabível contra decisões finais, isto é, que não comportam mais recursos ordinários nos tribunais inferiores. Nessa linha de pensamento, acórdãos passíveis de recurso de embargos infringentes não eram considerados finais, e, por isso, não ensejavam recurso extraordinário.

Na atual Constituição, deve-se aplicar o mesmo princípio, segundo o qual o acesso ao Supremo Tribunal Federal

pelo recurso extraordinário só é permitido após o esgotamento das vias ordinárias. Assim, se o mandado de segurança foi denegado e na decisão ocorre alguma das hipóteses do art. 102, III, da Constituição, ainda assim o recurso é o ordinário, para o Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105, II, 'b', e não o extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal.

Se aquele Tribunal mantiver a denegação e ocorrer qualquer das hipóteses do art. 102, III, abrir-se-á então caminho para o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal." (Revista de Processo, vol. 59/25-26)

Esse também tem sido o entendimento manifestado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"Em se cuidando de mandado de segurança denegado, em única instância, por Tribunal Estadual, o recurso cabível, sem distinção sobre versar ou não matéria constitucional, passou a ser o ordinário, para o Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, II, b, da Constituição em vigor." (RTJ 128/953, rel. Min. Octavio Gallotti, Pleno - grifei)

"Ementa: Recurso Extraordinário. Impugnação contra decisão que denegou originariamente Mandado de Segurança: inadmissibilidade.

Em se cuidando de mandado de segurança decidido em única instância por Tribunal Estadual, o recurso cabível, independentemente de versar ou não matéria constitucional, é o ordinário, para o Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 105, II, b, da Constituição Federal. Agravo regimental improvido." (Ag 144.895-4 (AgRg), rel. Min. Ilmar Galvão, 1º Turma, DJU de 20.11.92)

Como já anteriormente ressaltado, em nada altera a definição do recurso cabível na espécie a circunstância de o acórdão impugnado haver proclamado a decadência do direito de impetrar o writ mandamental, eis que esse ato jurisdicional

subsume-se, na abrangência do discurso normativo inscrito no art. 105, II, b, da Constituição, à noção de decisão denegatória, para efeito de ativação da competência recursal ordinária do Superior Tribunal de Justiça.

Tendo presente essa realidade jurídica, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reputou adequado o recurso ordinário interposto contra decisão de Tribunal Superior que, em julgamento originário, não conheceu do mandado de segurança, "sob o fundamento de decadência" (RMS 21.363-DF, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 25.09.92), razão invocada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para extinguir, na espécie destes autos, o processo mandamental.

Devo salientar, de outro lado, que a questão da constitucionalidade do art. 18 da Lei nº 1533/51 - discutida em substancioso trabalho pelo em. Min. Carlos Velloso ("Temas de Direito Público", p. 155, 1994, Del Rey) - já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que, sob a égide da vigente Carta Política, proclamou a recepção dessa norma legal pela nova Constituição do Brasil:

"Ementa: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - Decisão denegatória proferida por Tribunal Superior da União em única instância - Consumação do prazo decadencial para impetrar o writ (Lei nº 1533/51, art. 18) - Constitucionalidade dessa norma legal - Incompetência da autoridade judiciária para ordenar, em sede mandamental, a substituição do órgão apontado como coator - Recurso improvido.

- A estipulação, em sede legal, de prazo para a oportuna impetração do mandado de segurança não tem o condão de ofender a natureza constitucional desse remedium juris, cuja relevante função processual consiste em viabilizar, desde que tempestivamente utilizado nos termos em que o disciplina a lei, a pronta, eficaz e imediata reparação a direitos líquidos e certos eventualmente lesados por comportamento arbitrário da Administração Pública.

- O prazo decadencial de 120 dias - a que se refere o art. 18 da Lei 1.533/51 - opera, em face de sua eficácia preclusiva, a extinção do direito de impetrar o writ constitucional. Não gera, contudo, a extinção do próprio direito subjetivo eventualmente amparável pelo remédio do mandado de segurança ou por qualquer outro meio ordinário de tutela jurisdicional. Esse direito subjetivo resta incólume e não se vê afetado pela consumação do referido prazo decadencial, cujo único efeito jurídico consiste, apenas, em inviabilizar a utilização do remédio constitucional do mandado de segurança.

- A norma inscrita no art. 18 da Lei 1.533/51 não ostenta qualquer eiva de inconstitucionalidade. A circunstância de ser omissa a Constituição da República quanto à fixação de prazos para o ajuizamento da ação de mandado de segurança não protraí, indefinidamente no tempo, a possibilidade de o interessado valer-se, em qualquer momento, do writ mandamental que, essencialmente idêntico a outros meios processuais, constitui instrumento de efetivação e de concretização do direito material invocado pelo impetrante.

O prazo decadencial referido na norma legal em questão não tem o caráter de penalidade, pois não afeta o direito material eventualmente titularizado pelo impetrante e nem impede que este postule o reconhecimento de seu direito público subjetivo mediante adequada utilização de outros meios processuais.

A consumação da decadência do direito de impetrar o mandado de segurança não confere juridicidade ao ato estatal impugnado, não tem o condão de convalidá-lo e nem a virtude de torná-lo imune ao controle jurisdicional.

..."

(RTJ 141/478, rel. Min. Celso de Mello)

"Ementa: Recurso Ordinário - Prazo - Férias Forenses - Suspensão do lapso recursal - Reinício da Contagem - Man-

mandado de Segurança - Ação mandamental extemporânea - Prazo decadencial (Lei nº 1.533/51, art. 18) - Constitucionalidade - Recurso conhecido e improvido.

...

- Não ofende a Constituição a norma legal que estipula prazo para a impetração do mandado de segurança. A circunstância de a Constituição da República nada dispor sobre a fixação de prazo para efeito de ajuizamento da ação mandamental não inibe o legislador de definir um lapso de ordem temporal em cujo âmbito o writ deve ser oportunamente impetrado." (RTJ 145/186, rel. Min. Celso de Mello)

Assinale-se, por pertinente, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 02.03.94, por votação unânime, e fazendo aplicação, precisamente, do art. 18 da Lei nº 1.533/51, não conheceu do mandado de segurança que, requerido fora do prazo decadencial de 120 dias, havia sido originariamente impetrado perante esta Corte (MS 21.743-0-SE, rel. Min. Moreira Alves).

Impõe-se uma observação final: a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal - não obstante a magnitude que assume no contexto da organização dos Poderes da República - não pode ser exercida com inobservância das rígidas prescrições normativas que, estabelecidas pela Lei Fundamental, condicionam e regem a atividade jurisdicional do Estado.

A competência recursal ordinária do Superior Tribunal de Justiça possui extração constitucional. É indispensável, é interrogável, quer pelo ministério da lei, quer pela interpretação dos juízes, e, na concreção do seu alcance, é privativa dessa elevada Corte judiciária nacional, a quem também compete exercer - à semelhança dos demais Tribunais e juízes - o controle difuso de constitucionalidade, ainda que este venha a ser instaurado, como é processualmente lícito, no âmbito do recurso ordinário cabível nos termos do art. 105, II, b, da Constituição Federal.

Sendo assim, não há como pretender uma Jação per saltum do Supremo Tribunal Federal na matéria veiculada no recurso extraordinário cujo processamento foi corretamente obstado pela Presidência do Tribunal a quo (RTJ 104/187).

Tendo presentes as razões expostas, e nos termos do duto parecer da Procuradoria-Geral da República, nego seguimento ao presente agravo, por incabível o recurso extraordinário a que ele se refere (Lei nº 8.038/90, art. 38).

Publique-se.

Brasília, 03 de março de 1994.

Ministro Celso de Mello - Relator

[Publicado no DJU 1 de 09.03.94, pp 3880,1]

MANDADO DE SEGURANÇA - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CABIMENTO

(Acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça)

Recurso Especial nº 15.468-0 - RS

Relator: Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul

Recorrida: Ivete Pereira Teixeira

Advogados: Drs. Ricardo Koch

Eduardo Marioti e Outros

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I - Coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que se vão tornando tradicionais, para, atualizando o conteúdo da Lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável.

II - 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 relevantes

da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados.

III - A lei do mandado de segurança não contém nenhum dispositivo que restrinja, explicitamente, a aplicação do princípio da sucumbência. Não é lógico nem é 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, insitos mesmos, em todas as pelejas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a remuneração do trabalho do seu patrono.

IV - 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 pelo particular, e, por outro lado, estimula a autoridade a decidir, em instâncias administrativas, de modo mais refletido, sobre postulações eventualmente envolventes de direito líquido e certo.

V - Recurso conhecido e improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

Brasília, 11 de novembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro Garcia Vieira
Presidente
Ministro Cesar Rocha
Relator

Relatório

O Sr. Ministro Cesar Rocha: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Ivete Pereira Teixeira contra ato do Sr. Secretário de Estado de Recursos Humanos e Modernização Administrativa que declarou sem efeito a sua nomeação, após regular aprovação em concurso público, por ter ultrapassado o limite de idade.

O Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade de votos, concedeu a segurança, e, por maioria (quatro votos a três), condenou a honorários.

Inconformado, o Estado do Rio Grande do Sul recorre especialmente da parte do acórdão que estabeleceu a condenação em honorários, com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, alegando divergência com o Enunciado nº 512 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

O recurso mereceu seguimento na origem, consignando-se a frontal contrariedade da decisão recorrida com a orientação sumulada, subindo os autos.

Recurso extraordinário também admitido na origem.

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo improvimento do recurso, à luz da jurisprudência desta Corte que seria no sentido da inconstitucionalidade da exigência do limite de idade para ingresso no serviço público.

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha: Sobre o tema já proferi voto-vista no REsp nº 6.860-RS em cujo julgado esta Egrégia Primeira Turma entendeu, por maioria, pela procedência da condenação de honorários em mandado de segurança.

Ali, deixei explicitado que acolho com respeitosa reverência os entendimentos cristalizados por súmulas do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Todavia, sempre me inquietou o comando emergente da Súmula 512 do Pretório Excelso, segundo a qual "não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança".

A doutrina, pelos mais prestigiados, lança-se, em grande escala, contra e exclusão da verba em exame.

Deve-se, inicialmente, ter em conta a observação de Chiovenda (in "Instituições de Direito Processual", vol. III, p. 285, na remissão feita por Luiz Carlos de Potilho, in RF 246/221), ao cuidar do princípio da sucumbência, para quem "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 e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível, nítido e constante".

Essa, por certo, a motivação que teve o legislador da Lei Civil Adjetiva vigente, na dicção do seu art. 20, ao impor ao vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Em comento a tal dispositivo, o mestre Pontes de Miranda (in "Comentários ao Código de Processo Civil", Tomo 1, p. 416) leciona 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 pendente".

O sempre lembrado Hely Lopes Meirelles (in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de

Injunção, Habeas Data”, p. 65) afirma, enfaticamente, que “na sentença, o juiz deverá decidir sobre o pedido na inicial, condenando o vencido nas custas e honorários advocatícios, consoante determina o art. 20 do Código de Processo Civil, que firmou o princípio da sucumbência, em substituição ao da culpa ou dolo processual. Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mesmo porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula 512), aliás contrariada em recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul”.

No mesmo diapasão, a voz de Barbosa Moreira (in “Direito Processual Civil”, p. 246), que ainda na vigência do Código de 1939 já entendia que “não nos constando a existência de outros argumentos com que se pudesse impugnar a incidência do art. 64 do mandado de segurança, recapitulemos: se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas normas codificadas; se nele 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”.

Yussef Said Cahali (in Honorários Advocatícios, págs. 735/734) persegue a mesma linha de compreensão, quando afirma que “no mandado de segurança há partes, autor e réu, com denominações diferentes, mas nessa posição. No mandado de segurança há relação processual que se completa com a notificação da autoridade coatora. No mandado de segurança, como toda e qualquer ação, admite-se a intervenção assistencial, da autoridade pública, do poder público, e necessariamente do terceiro interessado. Há uma lesão a direito líquido e certo, instaurando-se uma controvérsia, que não esgota na declaração da ilegalidade do ato, dotada a sentença de certa executoriedade, ainda que restrita. No plano jurídico-processual, não há distinção entre ação fundada em direito privado ou ela ação fundada em direito público, quando se

cuida de reparação de direito individual. A ação sempre é um direito público, direito subjetivo público dirigido contra o Estado, a fim de obter, através do órgão jurisdicional, a justa composição da lide. E isto somente pode ser obtido, como nas ações em geral, por intermédio de profissional habilitado (CPC, art. 36), à diferença, portanto, do que ocorre com o 'habeas corpus', para cuja impetração é dispensável a outorga de mandato a advogado constituído. Encerrando a lide, a sentença final ou é favorável ou é desfavorável à parte. A parte a quem a sentença favorece é vencedora. A parte a quem a sentença não favorece, ou cuja pretensão deixou de acolher, é vencida. De modo que, aqui, a parte vencida, na técnica da nossa moderna legislação processual, é aquela que não obteve sentença favorável, mas que obteve uma sentença contrária. E estes conceitos se ajustam tanto ao impetrante como à autoridade impetrada. Nem encontra óbice a esse entendimento o fato de poder limitar-se a intervenção da autoridade coatora às informações administrativas, pois estas até mesmo podem ter sido omitidas, o que não se impede, como no caso da revelia, de reconhecimento de pretensão resistida".

O Prof. Maurilio Wagner de Paula Reis, em trabalho intitulado "Os honorários na ação de mandado de segurança" (in "Mandados de Segurança e de Injunção", coordenado pelo Eminentíssimo Ministro Sálvio de Figueiredo, p. 332), anota um dado a mais pois que "não se pode olvidar o art. 37, parág. 60, da Constituição de 1988 - as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Ora, no momento em que o terceiro tem que se valer do Judiciário para assegurar direito líquido e certo, é evidente que a autoridade coatora está a lhe causar danó".

Na mesma linha Celso Ribeiro Bastos (in "Do Mandado de Segurança", 2ª ed., Saraiva, 1982, págs. 20/21) quando leciona que "a nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a Lei nº 1.533 alije o Código de Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios,

pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil. Assim já devia ser antes mesmo do atual Código de Processo civil. Não cremos que ele tenha inovado o tema. A referência frequente feita pela jurisprudência ao surgimento do novo Código afigura-se-nos mais como um pretexto para ensejar a correção de um entendimento cujo desacerto já se fazia patente do que o reflexo de uma autêntica alteração do direito objetivo. Sobre ser juridicamente a tese correta a condenação em honorários é também a solução mais conveniente. Por um lado, reprime a utilização abusiva da medida. De outra parte, restaura um princípio básico de injustiça, segundo o qual ninguém deve arcar com os ônus decorrentes da ilegalidade alheia. O vencedor da segurança já se viu forçado a recorrer ao Judiciário para fazer valer um direito seu, líquido e certo. Os incômodos dessa iniciativa já são em si mesmos injustificados e irreparados. Como fazê-lo arcar ainda com as despesas com o seu patrono?"

Outros e outros doutrinadores, igualmente de reconhecido saber, perfilam nessa mesma corrente.

Ademais, deve-se sublinhar que o tema inquieta igualmente a jurisprudência, pois que são numerosos os julgados demonstradores de inconformismo com a sobredita Súmula 512.

Aliás, como lembra Yussef Said Cahali, em sua obra indicada (p. 734), "a simples insistência com que nossos Tribunais têm sido continuamente provocados para manifestação a respeito dos honorários advocatícios em mandado de segurança já revela a ânsia revisionista projetada pela insatisfação do critério jurisprudencial que tem prevalecido".

Devo assinalar que os Eminentes Ministros Djacir Falcão e Oscar Correia igualmente guardavam o convencimento pessoal da aplicação de honorários de sucumbência em mandado de segurança, apenas se conformavam ao comando do verbete indicado.

Se maior rebeldia não se constata é porque, certamente, a simples existência da pré-falada Súmula já inibe o magistrado para não se lançar contra ela e formular novas reflexões sobre o tema.

Mas, aqui e agora, não é o caso, visto que, como afirmei acima, a ordem constitucional instalada em 1988 deslocou, para esta Colenda Corte, a competência para apreciar, em definitivo, a matéria, por isso não devendo, necessária ou simplesmente, recepcionar a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal do tempo em que a ele estava destinado o deslinde final das questões infraconstitucionais, por mais se reconheça - como reconheço - sabedoria e juridicidade nas suas decisões.

Entendo, por luzes que me foram trazidas pelo ilustre Prof. Napoleão Nunes Maia Filho, que a atividade judicante importa em que se entenda que o processo judicial não encerra surpresas sucessivas, como um jogo aleatório e misterioso, pois é uma atividade conseqüente e previsível, dentro de segura orientação e de constante evolução.

Todavia, como coisa essencialmente viva, o Direito ultrapassa os limites interpretativos que vão se tornando tradicionais, para atualizar o conteúdo da Lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável.

O saudoso Professor Nelson Sampaio, lecionava que as decisões judiciais devem evoluir constantemente, referindo, é certo, os casos pretéritos, mas operando passagem à renovação judicial do Direito, sem coritudo, abrir a porta ao arbítrio judicial.

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 relevantes da doutrina científica do Direito, fonte subsidiária e elemento revalorizador de todos os julgados.

Através de tais operações, não tomará o Juiz liberdades permissivas com a Lei, decidindo contra o seu comando, mas, ao estabelecer, em atividade recriadora, a norma regente do caso concreto, dentre as várias opções interpretativas que se oferecerem ao seu espírito, escolherá aquela que mais completamente realize o ideal do justo.

Com efeito, não vejo na lei do mandado de segurança nenhum dispositivo que restrinja, explicitamente, a aplicação do princípio da sucumbência. A sua exclusão decorre de criação doutrinária que afasta - e a meu sentir, erroneamente - a aplicação da regra geral contida no Código de Processo Civil. A perda da causa é o único pressuposto para que seja imposta a condenação da verba cogitada, não mais sendo ela resultante de culpa ou dolo processual.

Não é lógico nem é justo que o vitorioso na contenda, depois de ter direito líquido e certo agredido, após passar por todos os conhecidos e naturais aborrecimentos, senão vexames, sempre presentes, ínsitos mesmos, em todas as pelepas judiciais, ainda sofra uma diminuição patrimonial, tendo que arrostar com a remuneração do trabalho do seu patrono.

Ademais, 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 pelo particular, e, por outro, estimula a autoridade a decidir, em instâncias administrativas, de modo mais refletido, sobre postulações eventualmente envolventes de direito líquido e certo.

Com tais considerações, conheço do recurso para Lhe negar provimento, mantendo a verba honorária estabelecida pelo julgado sob exame.

Voto

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Estou de inteiro acordo com o E. Ministro Relator e, nesse sentido, já votei por várias vezes. Farei juntar cópia do meu voto.

Entendo que no mandado de segurança incidem, também, os honorários de advogado e não está mais em vigor a Súmula no 512 do STF.

Adendo ao Voto

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente, também quero acrescentar a concessão com referência ao honorário de advogado e farei juntar cópia de um artigo que tenho a respeito.

Voto

O Sr. Ministro Garcia Vieira (Relator): Sr. Presidente: - Quando o artigo 20 do CPC determina a condenação do vencido a pagar ao vencedor os honorários advocatícios, não abre qualquer exceção para o mandado de segurança que é ação, conforme conceitua a esmagadora maioria da doutrina e reconhece o próprio C. Supremo Tribunal, na Súmula 512. Nele, como em qualquer outra ação, existem partes. A Lei 1.533/51, no artigo 10 fala em solicitação da parte. Havendo parte, existirá vencedor e vencido e a sentença, obrigatoriamente, deverá condenar este nos honorários de advogado. Hoje é tranqüilo, entre nossos mais respeitados doutrinadores, o entendimento de que são devidos os honorários advocatícios na ação de mandado de segurança. Pontes de Miranda, com todo peso de sua autoridade, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed., 1974, ensina 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 pendente.” (fls. 416).

Para Hely Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e “Habeas Data”, 12ª Ed., 1988, pág. 65,

“Desde que o mandado de segurança é uma causa, vale dizer, uma ação civil, impõe-se a condenação do vencido em honorários. Não importa que o rito dessa ação seja especial, mesmo

porque, nas demais ações especiais, o princípio da sucumbência vem sendo aplicado sem restrições. Não vemos razão para a exclusão dessa verba pela jurisprudência dominante (STF, Súmula 512), aliás, contrariada em recentes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Estado do Rio Grande do Sul”.

Celso Ribeiro Bastos, no seu Livro *Do Mandado de Segurança*, 2ª ed., 1982, esclarece que:

“A nossa posição é no sentido de que o mandado de segurança se submete ao princípio da sucumbência. A razão é que embora a Lei nº 1.533 alije o Código de Processo Civil, nas matérias por ela reguladas, nela nada consta acerca de honorários advocatícios, pelo que tem-se que necessariamente aplicar à espécie as leis genéricas do processo civil.”

Entende o emérito Professor Celso Agrícola Barbi, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 4ª ed., 1986, que:

“Realmente, sendo o mandado de segurança uma ação, em que há vencedor e vencido, não encontramos razões para afastá-lo das normas gerais do Código, a não ser naquilo em que sua natureza o exigir. A simples circunstancia de estar ele regulado em lei especial não é decisiva, porque se lhe aplicam inúmeras regras gerais do Código, mesmo porque, se assim não fosse, seria necessário fazer um Código apenas para os processos de mandado de segurança.” (fls. 197).

Giuseppe Chiovenda em *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 2ª ed., 1945, tradução Guimarães Menegale, pág. 285:

“O fundamento dessa condenação é o fato objetivo da derrota”.

No mesmo sentido Sérgio Sahione Fadel, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. I, 7ª ed., 1988, págs. 95/96 e José Carlos Barbosa Moreira, em excelente artigo publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, vol. 23 e na *RT* nº 418. Esse conceituado Mestre examinou com profundidade e rebateu um por um, os principais argumentos contrários à aplicação na ação de

mandado de segurança dos princípios da sucumbência. Realmente, não procede a assertiva de que, sendo o mandado de segurança regido por leis especiais, não lhe são aplicáveis as disposições do art. 20 do CPC. O próprio Código, art. 273, manda aplicar, subsidiariamente, ao procedimento especial, as disposições gerais do procedimento ordinário e a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário do Código ou da Lei Especial (art. 271). As normas contidas no Código representam fonte subsidiária para os procedimentos especiais e a estes são aplicáveis em tudo que não contrariar o procedimento específico. Para Barbosa Moreira, ob. cit., págs. 52/53,

"as normas do Código constituem fonte subsidiária da disciplina de qualquer processo especial, regulado por lei anterior ou posterior a ele, 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 toda a área deixada em branco pela regulamentação específica, na medida em que seja com esta compatível. E isso independentemente de remissão expressa..."

Lembra ele a Súmula nº 519 de nossa Excelsa Corte que determinou a aplicação aos executivos fiscais, então regidos pelo Decreto-lei 960, o princípio da sucumbência, quando essa norma legal nada dispunha a respeito da condenação em honorários de advogado.

O argumento de que no mandado de segurança não há parte é improcedente porque, como já vimos, ele é a ação e nele existe parte e a própria Lei nº 1.533, em seu artigo 10, fala em parte. As partes são o impetrante, o impetrado, o Ministério Público, os litisconsortes e os assistentes. Assim ensina Hely Lopes Meirelles, ob. cit. pág. 30 e Barbosa Moreira, ob. cit. pág. 53, deixa este bem claro que:

"Partes, em qualquer processo, são aquele que pede e aquele 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 acordo com a doutrina prevalecente, é a pessoa jurídica (de direito público, as mais das vezes) em cujos quadros se insere a autoridade dita coatora”.

É irrelevante que seja parte passiva a autoridade coatora ou a pessoa jurídica, ou ambas, porque sempre haverá a parte passiva para suportar os ônus da sucumbência quando vencida.

O argumento, às vezes usado, de que no mandado de segurança não atua o “advogado” da entidade contra a qual se dirige a impetração também não procede, porque esta, através de advogado, procurador ou assistente jurídico, pode acompanhar todo o processo e até recorrer. Seu representante terá sempre oportunidade de requerer e demonstrar a improcedência do pedido. É irrelevante o fato de já receber o representante salário ou vencimento, como servidor, da pessoa jurídica e, como tal, não poderia receber honorários advocatícios pelos serviços. Caso este argumento fosse válido para o mandado de segurança, seria também para qualquer ação onde fosse parte qualquer pessoa jurídica, ou quando a parte fosse alguém que paga o advogado, em prestações sucessivas e periódicas, como lembra Barbosa Moreira, *ob. cit.* pág. 56.

Dizer que a cobrança de honorários de advogado em mandado de segurança inibiria de vir a júfzo aqueles detentores de direito líquido e certo é desconhecer o que acontece na realidade. Quem de fato tem a seu lado o bom direito não terá nenhuma dúvida de pleiteá-la porque estará sempre convicto de que será o vencedor da demanda. Ao contrário, a aplicação no mandado de segurança da sucumbência fará com que haja menos ações temerárias e destituídas de qualquer fundamento. Quem não tem direito pensará duas vezes, antes de ajuizar a ação, com medo da sucumbência.

O último argumento também usado é o de que sendo o mandado de segurança uma garantia constitucional, irmã do “Habeas Corpus”, a ele não se aplicaria a condenação em honorários de advogado. Para a impetração do H. C. sequer é necessária a constituição de advogado.

Ora, o "Habeas Corpus" é regulado pelo processo penal e o Mandado de Segurança pelo processo civil e, por isso, não se aplica ao primeiro a sucumbência do art. 20 do CPC.

Na ação civil pública e na ação popular, ambas de índole constitucional, é prevista a condenação em honorários advocatícios, até do autor. A Lei nº 7.347, de 24.07.85 que regula a primeira em seu artigo 17, determina que:

"Art. 17 - O Juiz condenará a associação autora a pagar ao réu os honorários advocatícios arbitrados na conformidade do § 4º do art. 20 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, quando reconhecer que a pretensão é manifestamente infundada."

Theotônio Negrão no seu Código de Processo Civil, 20ª ed. atualizada até 08.01.90, pág. 497, esclarece que:

"Se a ação foi julgada procedente, o réu será condenado a pagar honorários de advogado nos termos do art. 20 do CPC".

A Lei nº 4.717, de 29.06.65, da ação popular, em seu artigo 12, estabelece que:

"Art. 12 - A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento ao autor, das custas e demais despesas judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado."

Theotônio Negrão, ob. cit. pág. 515, acentua que:

"Os honorários são devidos ainda que o ato impugnado tenha sido revogado" (RDA - 123/290 maioria de votos).

A vigente Constituição Federal, no seu artigo 50, LXXIII, prevê a condenação do autor da ação popular nas penas da sucumbência, quando comprovada a má-fé e nada dispõe sobre a condenação ou não do réu, nos honorários de advogado. Como esta condenação é prevista pelo artigo 12 da citada Lei 4.717/65, houve o fenômeno da recepção. Assim, é a própria constituição que permite a condenação do autor ou do réu, em honorários advocatícios, na ação popular e na ação civil.

Com todo o respeito à nossa Suprema Corte, ousamos discordar da citada Súmula 512, editada há mais de 21 anos, já à época com sérias resistências dos votos vencidos dos Eminentíssimos Ministros Amaral Santos, Relator, Adauto Cardoso, Djaci Falcão e Aliomar Baleeiro, conforme se verifica na sua decisão plenária no RE nº 61.097-SP (RTJ 51/805), que serviu de base à súmula.

É inegável já existirem fundadas reações da doutrina e da jurisprudência ao princípio estabelecido na referida súmula. Existem decisões dos Tribunais de Justiça, conforme se verifica no Código de Processo Civil Anotado de Alexandre de Paula, vol. I, 3ª ed. recente, pág. 197. O extinto TFR na AMS nº 81.566-RJ, Rel. Eminentíssimo Min. Washington Bolívar, DJ de 21.05.79, entendendo ser cabível a condenação no mandado de segurança, de honorários de advogado. Igual decisão foi proferida na AMS nº 82.113-MG, com o mesmo Relator, DJ de 20.06.79.

Ninguém nega às súmulas a sua importância, mas elas não são intocáveis e imutáveis. Se o Direito é essencialmente dinâmico elas podem e devem ser revistas, principalmente, quando como no caso, a doutrina, em uníssono, assim o entende.

Por estar convicto de ser o mandado de segurança uma ação civil, uma causa com partes onde, com a sentença, haverá sempre vencido e vencedor, não tenho dúvida de se aplicar a ele a condenação em honorários advocatícios, mesmo porque, quando no artigo 20, § 4º, o legislador fala em condenação da Fazenda Pública em honorários de advogado, não faz qualquer ressalva e muito menos para a ação de mandado de segurança.

Tem razão Barbosa Moreira quando afirma que:

“Se esse processo especial se rege subsidiariamente pelas normas codificadas; se nele 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, af, a condenação em honorários. Ela parece refletir 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" (págs. 58/59).

Voto-Vencido

O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo: Sr. Presidente, o meu ponto de vista é conhecido. Tenho manifestado reiteradamente o meu apoio à Súmula no 512, do egrégio Supremo Tribunal Federal, mesmo porque o mandado de segurança tem procedimento disciplinado em lei específica, a de nº 1.553/51, e não faz nenhuma referência à condenação em honorários advocatícios. O STF, através de sua jurisprudência sumulada, tem estreitado, em vezes seguidas, a discussão de certas matérias, no âmbito do mandado de segurança, em descompasso com a Lei nº 1.553. Ao mandado de segurança, não se pode aplicar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

O que se aplica, ao mandado de segurança, são os princípios de processo civil.

Com vênha do Nobre Relator e de V. Exa., dou provimento ao recurso para excluir a condenação.

É como voto.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, peço vênha ao Eminentíssimo Ministro Demócrito Reinaldo para acompanhar o Eminentíssimo Relator.

Voto-Vencido

O Sr. Ministro Milton Pereira: Sr. Presidente. Peço vênha ao eminentíssimo Ministro Relator para acompanhar o voto do eminentíssimo Ministro Demócrito Reinaldo.

Certidão de Julgamento**Primeira Turma**

Pauta: 11.11.92 Julgado: 11.11.92

Relator: Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha

Revisor: Exmo. Sr. Ministro

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira

Subprocurador-Geral da República: Exma. Sr^a Dr^a Edylcea Tavares
N. de Paula

Secretária: Maria do Carmo Pedrosa Moura

Autuação

Recte.: Estado do Rio Grande do Sul

Adv.: Ricardo Koch

Recdo.: Ivete Pereira Teixeira

Adv.: Eduardo Marioti e Outros

Certidão

Certifico que a Egrégia Primeira Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira, negou provimento ao recurso.

Participaram do julgamento: os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 11 de novembro de 1992.

Secretária

A Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Milton Pereira, negou provimento ao recurso.

Participaram do julgamento: os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Pereira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 11 de novembro de 1992.

Secretária

Ementa publicada no DJUI de 12.04.93, p. 6.053.