

Política da Administração e o Princípio da Moralidade

Milton Luiz Pereira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

É consabido que a legalidade é o princípio norteador dos atos administrativos, resultando que a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Embora o princípio assente, não constitui demasia lembrar escólios recolhidos da lição deixada pelo saudoso **Marcelo Caetano**:

“... estampa-se, pois, com inabalável clareza, que a administração é autoridade subalterna à lei; que se subjeta internamente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o direito brasileiro”.

.....
“O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina” (**Celso Antônio Bandeira de Mello**, in *Elementos de Direito Administrativo* – pp. 59/61 – 2ª ed., Rev. Tribs.).

“O vício do ato administrativo é, em resumo, a ilegalidade que afeta qualquer dos seus requisitos de validade” (**Marcelo Caetano**, *Manual de Direito Administrativo*, p. 172).

Esse escudo de proteção é de ordem pública e, quando desobedecido, causa a lesividade ao patrimônio público.

No aspecto da estruturação do ato administrativo, entretanto, entendo que no exame da sua legalidade, com a formal apresentação do art. 37, da Constituição Federal, impõe-se descortinar que, no seu controle jurisdicional, não basta apenas a sua conformação à lei, mas à moral administrativa.

A lei é regra e medida. A moralidade não é simples corolário: é elemento constitutivo do ato.

Com efeito, o ato administrativo, sob o imperativo dos questionamentos forrados na lei, moral e, também, na ética, força lembrar a teoria dos círculos concêntricos elaborada por **Jeremias Benthan**, que pode ser assim compreen-

dida: dois círculos concêntricos, sendo o maior o da moral e o menor o do direito, portanto, havendo um campo de ação comum a ambos, ficando o Direito envolvido pela moral. De avante, “tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico” (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* – trad.: Uma Introdução aos Princípios de Moral e de Legislação – Editora Abril, 1984, 3ª ed.).

Nesse prisma, pode ser lançado este silogismo: sendo imoral o ato, censurável será o seu acolhimento, sendo justa a sua anulação, com sanção ao agente público.

Ganhou tanta expressão a obrigação de resguardar a Administração do contágio da imoralidade, que a Constituição obsequiou a administração pública com especial princípio (art. 37):

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e...”

Com essas inspirações, servindo como aviso intimidatório, está em vigor a Lei nº 8.429, de 02.06.92 – DOU de 03.06.92 –, capitulando como improbidade administrativa (“imoralidade qualificada” – José Afonso da Silva – Curso de Direito Constitucional Positivo – p. 563 – Ed. Rev. Tribs. – 1991), “o ato atentatório dos aludidos princípios, situando como conduta típica” “praticar ato visando fim proibido em lei” (art. 11, I); é o caso. Ganha, outrossim, menção o Decreto-Lei nº 201, de 27.02.1967 (arts. 1º, XIII, e 2º – reparação civil do dano).

Vale comentar, nesse toar, que a atitude administrativa ignorando lei imperativa, com infringência do interesse público, espalhando conduta afrontosa por desviar, gerando a ilegalidade, causadora de dano ao erário público, exige pronta e ilegítima proteção devida aos administrados.

Erigida, singularmente, pois, a moralidade administrativa, pela dignidade constitucional, como princípio fundamental, o funcionário público (acepção **lato sensu**) pode e deve ser chamado à responsabilidade pelos danos materiais causados, não apenas ao erário, mas também à moralidade, ofensa nascida de desprimoroso comportamento. A lesividade ao patrimônio moral da Administração não pode ser premiada pelo esquecimento. Existe a responsabilidade de indenizar (4º, art. 37, CF).

Reconfortada – agora, como se disse: com a dignidade constitucional – a moralidade administrativa, distinguida como princípio de origem pública, portanto, indisponível, quando afetada lesivamente, integrando o ato censurado, reclama reparação, combativamente, ainda que signifique ousada exigência. A dinâmica social, a respeito, não perdoará o silêncio. A doutrina não é refratária; colacionando-se:

“**omissis**.....

“Como é sabido, a doutrina do exercício abusivo dos direitos representa a primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico. Mas por esta brecha, que os civilistas gradualmente transformaram em um dos seus temas nobres, vieram outras intromissões: a doutrina do não locupletamento à custa alheia, a doutrina da obrigação natural. Apesar da resistência dos conservadores, dir-se-ia que o juriconsulto teórico está na véspera de descobrir nova ética jurídica, que o leva a inovar na matéria por ele tratada, até então, como o maior esmero técnico: o das obrigações. **Ripert** estava autorizado a afirmar ‘que o Direito, mesmo na sua parte mais técnica, apresentava-se ainda dominado pela Moral’.”

Este movimento de idéias, cuja amplitude e diversidade de aspectos não constitui o assunto do presente estudo, repercutiu também no direito público, sobretudo no direito administrativo. É aí que surge, em dado momento, e depois de sucessivas tentativas, a figura gêmea da do abuso de direito: o desvio de poder. É aí, ainda, que, a propósito do exame jurisdicional do desvio de poder, se começou a falar na “moralidade administrativa”.

“**omissis**.....

“Desagrada ao homem de leis em geral ouvir falar em ‘moralidade administrativa’. Porque deseje uma Administração pública imoral ou amoral, sem rei nem roque, de costas voltadas para o Honesto e para o Justo? Nada disso; mas a fórmula, enquanto se pretende nomear com ela conceito jurídico, ou princípio relevante para o mundo jurídico-normativo, inspira-lhe franca desconfiança: porque não lhe descobre sentido assim tão imediato como concreto, parece-lhe vaga e oca. Por outro lado, imprudente, – pois, como **Renard** já o notou com fina ironia, – cuida entrever, por detrás dela, o espantinho da Ordem moral, ou, recém-desembarcado da América do Norte, o espectro do Governo dos Juizes.

Não deixa de vir a propósito comentar: é o mesmo homem de leis, tão cauteloso e tão cético perante esta fórmula; o primeiro a pedir, nas petições e minutas, em nome conjunto da Moral e da Justiça, uma decisão favorável. Nunca vacila, então, a sua pena, nem geme a sua sensibilidade jurídica: faz a dupla inovação em letras bem gordas, a que acrescenta ponto de exclamação bem visível!”

“**omissis**.....

“Foi **Hauriou**, esse fecundo e operoso agitador de idéias, quem pela

vez primeira falou em moralidade administrativa. Em uma das suas magistrais anotações aos acórdãos do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, II, 2^o), desenvolveu, com maior brilhantismo do que transparência, a seguinte tese audaciosa: a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da ‘boa administração’, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da ‘moralidade administrativa’.”

Mas o conceito desta ficou então por definir, **Hauriou**, aparentemente, ao redigir a nota, teve uma intuição, que lhe pareceu fecunda, e encontrou uma fórmula, que considerou feliz. Doravante, a sua atenção, orientada pelos íntimos liames de certas idéias muito queridas, dirigiu-se para onde ele pressentia que descobrira nova porção de território jurídico. Contudo, na 7^a edição do seu *Précis*, tantas vezes remodelado, depois de repetir a doutrina da nota, limitou-se a acrescentar: com o recurso por desvio de poder, que possui a natureza de uma “ação disciplinar”, ultrapassa-se o ponto de vista da legalidade estrita, pois, com ele, sanciona-se uma “moral jurídica”. Só na 10^a edição da citada obra, de passagem, indicou finalmente o que por moralidade administrativa entendia: “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Noção que, na edição seguinte, melhor esclareceu, muito embora aí se refira, de preferência, à “disciplina interna da Administração”.

Segundo **Hauriou**, qualquer ser capaz de atuar é forçosamente levado a distinguir o Bem do Mal. Ser atuante, a Administração Pública não foge a esta regra. Para atuar, tem de tomar decisões; mas, para decidir, tem de escolher; e não só entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto. O seu comportamento deve, sem dúvida, conformar-se à lei jurídica. Mas não basta. O ato conforme à lei jurídica nem sempre é um ato irrepreensível do ponto de vista moral; “*non omne quod licit honestum est*”, dizia já Paulo. Se os particulares não podem cometer vilanias respeitando formalmente a lei, o mesmo acontece aos administradores. No entanto, assim como há uma Moral positiva, que, para os primeiros, se acrescenta à lei vigente, também para os segundos há uma moral institucional, que se sobrepõe à lei das suas atribuições e competência. Esta é-lhes imposta de fora, pelo Poder Legislativo, e apenas traça o âmbito da sua atividade e fixa os meios a utilizar. Quanto aos preceitos da moralidade administrativa, são-lhe impostos de dentro, vigoram no próprio ambiente institucional e condicionam a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário. A noção de moralidade administrativa é, assim, mais ampla do

que a noção de legalidade jurídica. E, por isso, as exigências da moralidade administrativa são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica.

“**omissis**.....”

“Outro autor, **Lacharrière**, publicou, em 1938, uma monografia, – *Le Contrôle Hierarchique da l’Administration dans da Forme Jurisdictionelle*, – na qual dedicou um capítulo ao tema. E a propósito de saber se na fiscalização contenciosa da atividade administrativa entrará algum elemento da fiscalização hierárquica, refere-se nos seguintes termos à moralidade administrativa: ‘é o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados. Semelhantes regras não se confundem, porém, com as regras da Moral comum: são regras de boa administração’. Mas, a diferença de **Welter**, reparou a tempo haver na definição uma frase que, por sua vez, reclamava definição. Por isso, acrescentou: ‘boa administração é noção complexa, em que entram, a par de certas regras da moral vulgar, prescrições de caráter técnico’.”

Como, todavia, compreender que este conjunto de moral vulgar e de prescrições técnicas dê origem a uma moralidade administrativa, por natureza diferente da comum? Aqui, o nosso autor, que gosta de descer ao subsolo filosófico das concepções jurídicas, abona-se como último livro de **Bergson**, *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion*. Há duas espécies de Moral: uma, aberta; fechada, a outra. Corresponde a primeira ao impulso individual para a perfeição e, em certas circunstâncias pode encontrar-se em conflito com a moral social. Quanto à segunda, é de índole eminentemente social, constitui ingrediente psicológico segregado pela própria sociedade, que dele usa para se proteger dos germes nocivos e se manter saudável. Ora, a moralidade administrativa é moralidade deste segundo tipo: embora se traduza por regras de natureza técnica, emana quase espontaneamente do esforço despendido pela Administração ao procurar ajustar-se ao seu fim, ao pretender coincidir intimamente com a função administrativa. Desta sorte, pertence ao sistema das morais fechadas que os grupos sociais elaboram para sua defesa, – sistema este que não deixa todavia de se articular à moral comum da sociedade a que os referidos grupos pertencem.

“**omissis**.....”

“No mundo ético, as interferências da Moral e do Direito são mais freqüentes do que se julga. Sem dificuldades se encontram exemplos. Tanto a lei civil como a lei administrativa, por vezes, exigem do homem

convivente que, ao manifestar o querer por condutas jurídicas, nelas concretize um pensar e um decidir de ‘bom pai de família’; isto é: de representante da moral comum, na medida em que ela pode ser entendida, e observada pelo chamado ‘homem médio’. A ordem jurídica, nestes casos, preocupando-se muito embora com o sentido jurídico da conduta, também considera o sentido moral dela. Mais: enlaça os dois sentidos, – e de tal sorte que o segundo influi no primeiro: se na conduta se não revelar o ‘bom pai de família’, o sentido jurídico dela ficará afetado.

Aparenta-se com a noção de bom pai de família a noção de ‘bom administrador’. Também aqui o elemento moral se combina com o elemento jurídico. Órgão da pública Administração, desempenha o cargo assumindo condutas jurídicas, pelas quais se realiza a função administrativa. Mas, para merecer o qualificativo de ‘bom’, terá de juntar uma reta intenção moral a uma atividade jurídica correta. Evitar a usurpação de poder, nunca ignorar os limites da própria competência, respeitar escrupulosamente os preceitos em vigor e as formalidades legais, – eis condição necessária, mas não suficiente, do bom desempenho do lugar. Sem dúvida, na conduta jurídica do administrador que diligencia conformar-se à legalidade, manifesta-se já, além do seu prudente critério, a concepção da função administrativa. No entanto, convém ter presente que há muitas maneiras de respeitar a legalidade – tantas, pelo menos, quantas forem as intenções morais de quem à mesma se submete ou dela se utiliza.

Repare-se, com efeito, no seguinte: a lei vigente fornece a norma das condutas possíveis, indicando também, por vezes, os requisitos a reunir para que as mesmas, além de possíveis, sejam válidas. Assim considerada, surge a lei, para quem a não inventou mas a encontrou já vigorando no meio social em que pretende atuar, como princípio estimativo e meio de realização de certos comportamentos humanos. Para que o fato do comportamento adquira sentido jurídico, terá de manifestar-se nele concreta referência ao valor jurídico, que a norma exprime pelo verbo dever ser; isto é: terá de reproduzir em si, enquanto comportamento efetivo, o comportamento juridicamente possível que deverá ser e ainda não é.”

“omissis.....

‘Bom administrador’, portanto, é o órgão da pública Administração que, usando da sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Se os primeiros delimitam as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos, – a segunda espera dele conduta ho-

nesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme a função realizada por seu intermédio. Não será a ordem administrativa parte, ou aspecto, da ordem jurídica postulada pelo Bem-comum? E não será a ordem jurídica parte, ou aspecto, da ordem cósmica que se define mediante a liberdade humana? Como então recusar esta evidência: comete uma ‘imoralidade administrativa’ o administrador que perturba a ordem administrativa com uma conduta determinada por fins concretos alheios à pública Administração, muito embora não tenha cometido faltas legais?

Sem dúvida, a imoralidade, qualquer que seja a forma da sua manifestação, só interessa à teoria jurídica na medida em que provoca repercussões jurídicas. Surge assim o problema de saber por que modo a imoralidade administrativa penetra no mundo jurídico. É, pois, o momento de apontar outro exemplo das interferências da Moral com o *Direito: o chamado abuso de direito*” (Moralidade Administrativa – **Antônio Brandão** – in Rev. de Direito Administrativo – vol. 25 – pp. 455 a 467). Destaco: **Maurice Hauriou**, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1927.

Na palma dos registros têm merecimento estes ensinamentos:

“**omissis**.....

“Considerando que a legalidade se compreende não só nas regras resultantes dos textos escritos, senão também nas regras de costume aceitas como princípios sociais, há de se compreender que o problema vincula a questão de legalidade a uma correspondente questão de fato. Nesta vasta área vazia de conteúdo jurídico emerge a moralidade.”

“O círculo da moralidade, na hipótese, resulta menor que o círculo da legalidade. Está dentro do direito e não fora dele, a se fazer sentir nos diferentes graus de ação administrativa, sensibilizando a ordem jurídica no que tem de comum com os atos de gestão ou de governo” (**Manoel de Oliveira Franco Sobrinho** – As Práticas Administrativas e o Controle da Moralidade – Rev. de Direito Administrativo – jan/março de 1974 – pp. 9 e 10).

Como o alinhamento feito, guardando-se na lembrança a posição pioneira assentada na Apelação Cível nº 151.580 – TJSP – Rel. Des. Cardoso Rolim – (RDA 89/134), como ponto forte, tem-se que a moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo.

A ofensa à moralidade, por si, causa dano à Administração, a meu ver, gerando a obrigação de reparar o dano, só pela prática do ato lesivo à moralidade administrativa.

Desse modo, sob o guante da moralidade administrativa – erigida como princípio constitucional –, vinculada à indisponibilidade do interesse público, constituindo-se em bem jurídico, quando ofendido (dano presumido), emerge que a reparação é de direito.

Enfim, a obrigação de indenizar nasce da prática de ato nulo, causadora de presumido dano à moralidade administrativa (o dano é a ofensa à legalidade e à moralidade), cuja mensuração, para efeito de reparação material, tem por parâmetro o efetivo dispêndio feito pelo erário, como decorrentes despesas forçadas pelo ato ilegal.

Nesse campo de idéias, como exploração ideativa, se toda a exposição feita ficasse sombreada pelo abandono, por não constituir demasia ou heresia jurídica afirmar que, se abandonada ficasse a obrigação da indenização por dano material, com todo fulgor, aqui, como especulação, poderia ser descoberto o dever indenizatório por dano moral (afinal a Administração foi lesada na sua moralidade). Mas, teria cabimento a cogitação sobre o dano moral na pessoa jurídica? Como questionamento, encontro defensores. Embora, de minha parte, por desvinculação deste caso, deixe reservada futura oportunidade, em prol da assertiva, por agora, trago à colação os ensinamentos que podem ser hauridos no trabalho elaborado pelo Des. Walter Moraes – “Se é Viável Indenização por Dano Moral à Pessoa Jurídica” – (in Repert. IOB Jurisp. – nº 19/91 – 1º de outubro – nº 3) e na lúcida exposição feita pelo Professor **Limongi França** (in Rev. dos Tribs. – 631, pp. 29 a 37 – item 2.2.).

Em arremate, sempre vinculado à indisponibilidade do interesse público, a legalidade do ato administrativo se consubstancia não só na sua conformação à lei, como também com a moral administrativa, necessário elemento constitutivo.

Conferência proferida no II Congresso Internacional de Direito Administrativo – Foz do Iguaçu – 10 a 12 de agosto de 1992, promovido pela Genesis Editora.

Honorários Advocatícios em Mandado de Segurança

Francisco Cesar Asfor Rocha

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Acolho com respeitosa reverência os entendimentos cristalizados por súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, não deixo de ficar inquieto quanto aos comandos emergentes dos Verbetes Sumulares nºs 512, do Pretório Excelso, e 105, do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais *não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança*.

A doutrina, pelos mais prestigiados, lança-se, em grande escala, contra a 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 Revista Forense 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 I, 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 perdente”.

O saudoso **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 determi-

na 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 nº 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*, pp. 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 se 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 pela 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 eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, p. 332), adiciona que “não se pode olvidar o art. 37, § 6º, 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 dano”.

Na mesma trilha está **Celso Ribeiro Bastos** (in Do Mandado de Segurança, 2ª ed., Saraiva, 1982, pp. 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 freqüente 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 tantos 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 nº 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 Djaci Falcão e Oscar Correia, igualmente guardavam o convencimento pessoal da aplicação de honorários de sucumbência em mandado de segurança, apenas se conformavam, por razões de disciplina, ao comando do verbete indicado.

Se maior rebeldia não se constata é porque, certamente, a simples existência das prefaladas súmulas já deixa o magistrado naturalmente inibido para não se lançar contra elas e formular novas reflexões sobre o tema.

Entendo, por luzes que me foram trazidas pelo 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 encaideamentos 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 contudo, 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 pelejas 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.

Por tais considerações é que ainda guardo entusiásticas esperanças de ver um dia a jurisprudência reformulada para ter por cabível a condenação da verba honorária em sede de mandado de segurança.