

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o relatório bem lançado pela e. Ministro Cristiano Zanin.

Rememoro, brevemente, que se trata de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB a fim de que seja reconhecida a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, da expressão “*pessoalmente, ou*”, constante no artigo 2º, *caput*, bem como do inteiro teor do respectivo § 3º, da Lei 5.478/1968, e, por arrastamento, dos §§ 1º e 2º do art. 3º da Lei 5.478/1968. Eis o teor dos dispositivos:

Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

§ 1º Dispensar-se-á a produção inicial de documentos probatórios;

I - quando existente em notas, registros, repartições ou estabelecimentos públicos e ocorrer impedimento ou demora em extrair certidões.

II - quando estiverem em poder do obrigado, as prestações alimentícias ou de terceiro residente em lugar incerto ou não sabido.

§ 2º Os documentos públicos ficam isentos de reconhecimento de firma.

§ 3º Se o credor comparecer pessoalmente e não indicar profissional que haja concordado em assisti-lo, o juiz designará desde logo quem o deva fazer.

Art. 3º. O pedido será apresentado por escrito, em 3 (três) vias, e deverá conter a indicação do juiz a quem for dirigido, os elementos referidos no artigo anterior e um histórico sumário dos fatos.

§ 1º Se houver sido designado pelo juiz defensor para assistir o solicitante, na forma prevista no art. 2º, formulará o designado, dentro de 24 (vinte e quatro) horas da nomeação, o pedido, por escrito, podendo, se achar conveniente, indicar seja

a solicitação verbal reduzida a termo.

§ 2º O termo previsto no parágrafo anterior será em 3 (três) vias, datadas e assinadas pelo escrivão, observado, no que couber, o disposto no "caput" do presente artigo.

O Requerente afirma que a dispensa de defesa técnica, por advogado ou defensor, na audiência inicial do rito da ação de alimentos, regido pela Lei n. 5.478/1968, ofende os preceitos constitucionais da da isonomia (art. 5º, caput), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa, do contraditório (art. 5º, LV), do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) e, ainda, o direito à defesa técnica (arts. 133 e 134).

Era o que se tinha a rememorar.

Inicialmente, reconheço estarem reunidos todos os requisitos para a plena cognição da ação.

Passo, assim, à análise do mérito.

A Constituição de 1988, atribuiu *status* especial à advocacia, justamente por ser alçada, em conformidade com o art. 133 da Constituição Federal, à condição de função essencial da justiça.

Todo o Capítulo IV, do Título IV da Constituição da República foi dedicado às funções essenciais à justiça, dispondo sobre o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública. A topografia constitucional revela não apenas a importância dada pelo constituinte às funções desempenhadas pela Advocacia, seja ela pública ou privada, no funcionamento da Justiça. É decorrência direta do conjunto normativo formado pelos direitos ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e, em última instância, à isonomia.

O advogado é indispensável à correta aplicação do direito e a defesa técnica é um direito de todo acusado, sendo indispensável e irrenunciável, conforme entendimento consolidado nesta Suprema Corte. Destaco, por sua pertinência, trecho do voto proferido pelo Relator Ministro Ricardo Lewandowski, por ocasião do julgamento do HC 102.019:

Desse modo, a autodefesa e a defesa técnica devem complementar-se, sendo exercidas em conjunto, não podendo, jamais, a defesa de um acusado, por meio de advogado devidamente habilitado, ser dispensada, pois esta consubstancia um direito fundamental indisponível. A inexistência da defesa técnica ou a sua deficiência acarreta a

nulidade absoluta da ação penal.

Nesse sentido, é o entendimento consolidado desta Corte:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. ARTS. 133 E 5º, INCISO LV, DA CB/88. TRÂNSITO EM JULGADO DE DECISÃO QUE NÃO ADMITIU AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ESPECIAL. FALECIMENTO DO ÚNICO ADVOGADO CONSTITUÍDO, RESULTANDO IMPOSSIBILITADA A INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DESCONSTITUIÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO E DEVOLUÇÃO DO PRAZO RECURSAL. RESTITUIÇÃO DA LIBERDADE DO PACIENTE, QUE RESPONDEU SOLTO À AÇÃO PENAL. A CB/88 determina que ‘o advogado é indispensável à administração da justiça’ [art. 133]. É por intermédio dele que se exerce ‘o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’ [art. 5º, LV]. O falecimento do patrono do réu cinco dias antes da publicação do acórdão, do STJ, que não admitiu o agravo de instrumento consubstancia situação relevante. Isso porque, havendo apenas um advogado constituído nos autos, a intimação do acórdão tornou-se impossível após a sua morte. Em consequência, o paciente ficou sem defesa técnica. Há, no caso, nítida violação do contraditório e da ampla defesa, a ensejar a desconstituição do trânsito em julgado do acórdão e a devolução do prazo recursal, bem assim a restituição da liberdade do paciente, que respondeu à ação penal solto. Ordem concedida” (HC 99.330/ES, Red. p/ acórdão Min. Eros Grau – grifos meus).

“(…) sendo a defesa técnica essencial e indisponível e, no âmbito de atuação, fundamentais as alegações finais para seu concreto exercício – a ponto de esta Corte entender devam ser formuladas exclusivamente por advogado-, (...). Não se compadece com a garantia da plenitude da defesa que alegações finais sejam subscritas pelo próprio réu sem habilitação, ou que o não sejam por ninguém” (HC 92.680/SP, Rel. Min. Cezar Peluso – grifos meus).

“Princípio básico revela que ninguém pode ser processado sem a assistência técnica. (...) Cumpre, então ter presente imposição constitucional – artigo 5º, inciso LV -, como também a legal – artigo 261 do Código de Processo Penal” (RE 459.131/ RS, Rel. Min. Marco Aurélio – grifos meus).

“A defesa é direito indisponível, tanto assim que, para os atos que lhe são essenciais, se o defensor do réu – seja ele constituído ou dativo – não os praticar, impõe-se a designação de defensor ad hoc para essa prática” (HC 69.431/MG, Rel. Min. Moreira Alves).

Ademais, o próprio Código de Processo Penal prevê a necessidade da defesa técnica, ao consignar, no art. 261, que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Assim, a defesa técnica é corolário do direito ao contraditório e à ampla defesa, os quais apenas se concretizam se garantidos os meios e recursos a ela inerentes.

Não se desconhece, contudo, que em algumas ocasiões o direito pátrio tem admitido a dispensa do advogado em certos atos jurisdicionais. Eventual dispensa legal do advogado deve ser expressa e, assim, precedida de deliberação pelo legislador, podendo, ou não, ser constitucional. Esse juízo, porém, deve ser inicialmente feito pelo legislador, para que, caso provocado, possa o Judiciário se pronunciar, aí sim, sobre a constitucionalidade ou não da dispensa legal.

Foi nesse contexto que este Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de atuação da parte sem a constituição de advogado no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Federais, declarando a constitucionalidade dos dispositivos impugnados no bojo da ADI 1.539 e 3.168, ambas também propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Naquela ocasião, o Plenário entendeu ser *“prescindível a indicação de advogado, dados os princípios da oralidade e da informalidade adotados pela norma para tornar mais célere e menos oneroso o acesso à justiça”*.

Já no caso dos autos, tendo em conta a essencialidade do direito a alimentos e a especialidade do seu rito, o Eminentíssimo Relator concluiu pela constitucionalidade da dispensa da participação do advogado em

momento inicial da ação de alimentos.

Peço vênia para, sem discutir a força dos precedentes citados, chegar a conclusão diversa. Sem dissentir de que a concretização do direito a alimentos é parte do núcleo mais íntimo do princípio constitucional da dignidade humana, entendo que sua busca processual pode coexistir com os preceitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, em seu máximo grau de efetividade.

Isso porque, diversamente do cenário vigente quando da edição da Lei 5.478/1968, aqui impugnada, o ordenamento constitucional ora vigente garante instrumentos processuais adequados para a defesa do credor de alimentos ou de qualquer outro hipossuficiente.

Ao longo da vigência da Constituição de 1988 as funções essenciais à justiça ampliaram suas competências e sofisticaram a sua atuação. O art. 134 da Constituição da República, com redação dada pela EC 80/2014, configurou verdadeira concretização do direito constitucional ao acesso à justiça, ao instituir a Defensoria Pública.

Converte-se, assim, o direito fundamental de assistência jurídica, gratuita e integral em verdadeira garantia constitucional, ao atribuir-se à Defensoria Pública a qualidade de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

Ainda, como prevê o próprio rito da Lei 5.478/1968 nos dispositivos subsequentes, vige ainda no processo brasileiro a possibilidade de nomeação de um advogado dativo pelo magistrado àquele que assim necessitar. Ressalto que, embora, as funções desempenhadas pelo defensor público e pelo advogado não se confundem, em situações determinadas elas se aproximam, visando a concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV).

De outro lado, ao Ministério Público, a Constituição concedeu papel de relevo, apartando-o do Poder Executivo e inovando em suas competências, conferindo-lhe atribuições e meios para cumprir não só as funções de fiscal da lei e de acusador no processo penal, mas também a defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme os artigos 127 e 129.

Faço ressaltar, por fim, que a Lei de Alimentos foi promulgada antes da vigência não apenas da Constituição Federal, mas também do Código de Processo Civil (1973) e do Código Civil (2002).

Entendo, portanto, que na ordem constitucional e legal vigente a dispensa da participação do advogado, ainda que em momento inicial, da

ação de alimentos não encontra abrigo, não é o meio mais proporcional e adequado para garantir acesso à justiça. Seja a Advocacia, a Defensoria Pública ou o Ministério Público, todas funções essenciais à justiça, dispõem de competência e instrumentos adequados para atuar com celeridade em favor do credor de alimentos.

Por tais razões, com as vênias daqueles que possuem compreensão diversa, dirijo do e. Relator e julgo procedente o pedido para declarar a não recepção pela Constituição de 1988 da expressão “*pessoalmente, ou*”, constante no artigo 2º, caput, bem como do §3º, e, por arrastamento, dos §§ 1º e 2º do art. 3º, todos da Lei 5.478/1968.

É como voto.