

*Teoria*  
GERAL  
*da Defensoria Pública*

[orgs.]

Alfredo Emanuel Farias de Oliveira - Jorge Bheron Rocha  
Mariella Pittari - Maurilio Casas Maia

*Teoria*  
GERAL  
*da Defensoria Pública*



*Teoria*  
GERAL  
*da Defensoria Pública*

---

[orgs.]

---

Alfredo Emanuel Farias de Oliveira - Jorge Bheron Rocha  
Mariella Pittari - Maurilio Casas Maia





**Belo Horizonte** | **São Paulo**  
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,  
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82  
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP  
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2020, Os Autores.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,  
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

*Editor Chefe* Plácido Arraes

*Editor* Tales Leon de Marco

*Produtora Editorial* Bárbara Rodrigues

*Capa, projeto gráfico* Nathalia Torres

*Diagramação* Letícia Robini  
Nathalia Torres

*Revisão* Eduardo Brandão Gomes

### Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

Teoria Geral da Defensoria Pública. OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de; ROCHA, Jorge Bheron; PITTARI, Mariella; MAIA, Maurílio Casas. [Orgs.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.  
804 p.

ISBN: 978-65-5059-023-9

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Título.

CDD341.2

CDU342

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



Prólogo.....11

*Carlos Miguel Herrera*

Parte 1

***Defensoria Pública,  
transformação social e direito***

---

1. A solidariedade enquanto função da  
Defensoria Pública: aspectos funcionais  
para transformação social.....21

*Alfredo Emanuel Farias de Oliveira*

*Pedro González*

2. A importância do atendimento interdisciplinar  
na Defensoria Pública para a garantia  
do acesso integral à justiça.....37

*Cleber Francisco Alves*

*Isabela Vitória Bernardo do Nascimento*

3. Americanização do direito brasileiro  
e o papel da Defensoria Pública.....69

*Mariella Pittari*

Parte 2

*Defensoria Pública e direito constitucional*

---

4. Parecer: dimensões constitucionais da Defensoria Pública da União.....111  
*Daniel Sarmento*

Parte 3

*Defensoria Pública e controle de constitucionalidade*

---

5. Democratização da jurisdição constitucional e legitimação universal da Defensoria Pública .....155  
*Gustavo Dayrell*  
*Felipe Kirchner*

Parte 4

*Defensoria Pública e direitos humanos*

---

6. Defensoria Pública e *compliance* dos direitos humanos.....195  
*Leonardo Scofano Damasceno Peixoto*
7. Defensoria Pública e litigância estratégica na promoção dos direitos humanos.....225  
*Monaliza Maelly Fernandes Montenegro de Moraes*

Parte 5

*Defensoria Pública e atuação extrajudicial*

---

8. Defensoria Pública como instância realizadora da resolução extrajudicial de conflitos: potenciais de atuação institucional na seara da mediação, da conciliação e da arbitragem.....255  
*Felipe Kirchner*

9. A Defensoria Pública enquanto pressuposto de democracia no Brasil: reflexões sobre o compromisso institucional com o acesso à justiça a partir da atuação na educação em direitos e no fomento às soluções autocompositivas de conflitos.....327

*Domingos Barroso da Costa*

*Arion Escorsin de Godoy*

10. Defensoria Pública na efetivação de direitos fundamentais mediante controle de políticas públicas: um olhar preventivo, extrajudicial e coletivo.....353

*Ígor Araújo de Arruda*

#### Parte 6

### *Defensoria Pública e processos estruturais*

---

11. A Defensoria Pública e a participação democrática dos interessados nos processos estruturantes e na efetivação de Políticas Públicas.....381

*Cintia Regina Guedes*

12. Crises Estruturais: o Estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e a sua relação com a garantia do acesso à justiça e a implementação da Defensoria Pública.....417

*Bruno de Almeida Passadore*

*Camille Vieira da Costa*



Parte 7

*Defensoria Pública e processo coletivo*

---

13. Defensoria Pública e o combate à corrupção .....443  
*Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes*
14. A ação de improbidade administrativa e a legitimidade da Defensoria Pública.....481  
*Paulo César Oliveira do Carmo*
15. A Defensoria Pública no processo coletivo: análise com foco na ação civil pública, na ação popular e na intervenção custos vulnerabilis.....495  
*Edilson Santana Gonçalves Filho*

Parte 8

*Defensoria Pública e a questão ambiental*

---

16. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição?.....511  
*José Augusto Garcia de Sousa*

Parte 9

*Defensoria Pública e custos vulnerabilis*

---

17. Um breve ensaio sobre os avanços da Defensoria Pública enquanto custos vulnerabilis no Brasil.....583  
*Alfredo Emanuel Farias de Oliveira*  
*Maurilio Casas Maia*

18. A atuação da Defensoria Pública como custos vulnerabilis sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro.....603  
*Lucas Marques Luz da Ressurreição*
19. Dificuldades e possibilidades de atuação da Defensoria Pública como custos vulnerabilis no processo penal.....629  
*Eduardo Augusto da Silva Dias*

Parte 10

*Defensoria Pública e processo*

---

20. O título da Defensoria Pública no CPC 2015.....645  
*Jorge Bheron Rocha*
21. Curadoria especial .....669  
*Diogo Esteves*  
*Franklyn Roger Alves Silva*
22. Prazo em dobro:  
(des)necessidade de cientificação do juízo.....701  
*Bruno Freire de Jesus*
23. Hipossuficiente no processo penal e a Defensoria Pública.....719  
*Daniel Guimarães Zveibil*
24. Atuação defensorial no Tribunal do Júri: desconstruindo dogmas.....733  
*Tiago Abud*

*Defensoria Pública e honorários*

---

25. Breves comentários sobre honorários para a Defensoria Pública.....	755
<i>Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa</i>	
<i>Maurilio Casas Maia</i>	
26. A Defensoria Pública e os honorários de sucumbência: breves anotações sobre a súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça.....	771
<i>Alfredo Emanuel Farias de Oliveira</i>	
<i>Jorge Bheron Rocha</i>	
<i>Otávio Vilela Miranda Neves</i>	
Autores.....	797

# Prólogo

Carlos Miguel Herrera<sup>1</sup>

El libro que el lector tiene en sus manos, coordinado por Alfredo Emanuel Farias de Oliveira, Jorge Bheron Rocha, Mariella Pittari y Maurilio Casas Maia, presenta un gran interés en varios campos.

Por lo pronto, en derecho brasileño, se anuncia como una teoría general de la Defensoría pública, lo que favorece una visión extendida del organismo, no con la pretensión de ofrecer un todo axiomático, sino más bien de esclarecer algunos de sus más importantes aspectos. Ciertamente, resalta más su aspecto doctrinal que teórico, aunque más no sea porque sus autores integran el cuerpo de la Defensoría, pero su ambición es analizar su actuación desde perspectivas abstractas.

Además, en el plano del derecho comparado, el conocimiento se ve enriquecida por el estudio de una institución que presenta rasgos

---

<sup>1</sup> Profesor catedrático de la Université de Cergy Pontoise (Francia), desde el año 2003, donde ejerce también las funciones de director del *Centre de philosophie juridique et politique*, desde 2000. Fue miembro del Institut universitaire de France, entre 2001 y 2005. Ha sido profesor invitado en los programas de doctorado de universidades de Argentina (Universidad Nacional del Litoral, 2017, Universidad de Buenos Aires, 2012, 2007-2009), Colombia (Universidad Externado, 2005, 2007), Rusia (Universidad Federal del Noreste, 2014) y España (Universidad Internacional de Andalucía, Universidad de Valencia). Ha publicado 27 libros, 12 como autor, 15 como editor o co-editor, en Francia, Colombia, Brasil, Canadá y Argentina. Ha dirigido 9 dossiers de revistas científicas, en Francia, Alemania, Argentina. Es autor además, de 85 capítulos en libros colectivos de Francia, España, Alemania, Italia, Grecia, Austria, Argentina, Brasil, Colombia, México, Perú y de 70 artículos en revistas científicas de América, Asia y Europa. Ha sido invitado a dictar conferencias y contribuciones en universidades, congresos e instituciones de Asia (Corea del Sur, India, China), América (México, Estados Unidos, Canadá, Brasil, Colombia, Perú, Chile, Argentina), Oriente medio (Israel) y Europa (España, Italia, Francia, Alemania, Austria, Grecia, Rusia, Bélgica, Suiza).

originales, propios, que se inscriben en el marco del nuevo constitucionalismo que se genera tras el giro expansivo de 1989, y que, en su más estrecha vinculación con la democracia, alcanza en los países del Sur Global sus rasgos más netos. Aunque en los diferentes capítulos las comparaciones sean más recurrentes con los Estados Unidos, encontramos también vías abiertas hacia otras realidades (Argentina, Colombia), y en un juego de escalas muy productivo, también permite extender la comparación entre diferentes estados brasileños.

Finalmente, y esta es el enfoque que privilegiamos en este prólogo, la obra ofrece la posibilidad de examinar la institución bajo el prisma del derecho constitucional de los contrapoderes sociales<sup>2</sup>. Cómo lo hemos señalado en una serie de ensayos<sup>3</sup>, el concepto de contrapoderes sociales ha sido (re)introducido en la perspectiva de ensanchar el derecho constitucional tal como se practica al menos en Europa, un proyecto que pasa por una crítica de la razón constitucional<sup>4</sup>. Al mismo tiempo, conviene siempre tener en cuenta que la lógica del contrapoder social, en su especificidad, no es la de la emancipación social, aunque pueda integrarse en ella como un momento.

Desde esa óptica, los contrapoderes sociales no son ubicados en un afuera, que sería exterior a la práctica propiamente jurídica del texto constitucional (y que se expresaría en protestas, manifestaciones, movimientos sociales, etc.) pero tampoco en un adentro, que lo confinaría a las instituciones dadas. Se trata más bien de un recorrido por las fronteras entre las normas y la sociedad. Esto explica que, paradójicamente, el derecho constitucional no siempre se encuentre cómodo con la noción, que presenta siempre una dimensión política irreductible a lo normativo, ya que la significación de los contrapoderes sólo puede determinarse en función de una situación histórica dada. Partiendo, no del poder, como lo hacen habitualmente los juristas, sino de las resistencias al poder.

---

<sup>2</sup> Ya en ese sentido, ver Alfredo Emanuel Farias de Oliveira, “O que é defensoria pública? Qual é sua identidade? Concepções tangenciaias da hermenêutica fenomenológica”, R. Albuquerque Lima, Juan Olivier Gómez Meza (eds.), *VI Encontro Internacional do CONPEDI-Costa Rica, Teoria, filosofia, antropologia e história do direito*, Florianópolis, Conpedi, 2017.

<sup>3</sup> En portugués, ver una primera presentación en Carlos M. Herrera, « Algumas considerações sobre a noção de contrapoderes sociais », *Revista Brasileira de Estudos Políticos - RBEP*, vol. 105, 2012, pp. 79-99.

<sup>4</sup> Cf. C. M. Herrera, *Confines del constitucionalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 11-17.

Con todo, las prácticas institucionales pueden representar una posible encarnación de contrapoder social, sobre todo en un contexto, desde los años 1980, en que las fronteras del derecho constitucional se han expandido: baste referirse a la ampliación de las jurisprudencias en materias consideradas durante mucho tiempo como “no judiciales”, un fenómeno observable con mayor claridad en aquellos Estados cuyas políticas públicas pueden ser inestables, o en todo caso muy condicionadas por cuestiones presupuestarias. De hecho, unas de las peculiaridades de estos contrapoderes sociales es que no se definen únicamente por su actuación ante el poder político, como en la tradición liberal, sino también contra el arbitrario y la dominación del mercado, que se ejerce incluso sobre el poder de decisión del propio Estado democrático (sin hablar de la prensa, que fuera concebida por el constitucionalismo liberal como uno de los contrapoderes por antonomasia a partir del siglo XIX).

Cabe insistir en que se trata de la posibilidad material, no de la “naturalidad jurídica” de una institución, que vería por ejemplo en el juez una forma *per se* de protección de los ciudadanos, en su confrontación con otros poderes. Al mismo tiempo, esta visión significa no ignorar la institucionalidad como posible contra-poder, descartándola de antemano. Este elemento merece ser particularmente destacado, porque la forma apareció a menudo como lo impensado de la teoría crítica del derecho.

Pero justamente, ¿Cómo identificar entonces el potencial carácter de contra-poder de una institución jurídica? Este interrogante exige una serie de precisiones. La primera es de algún modo meta-teórica: no se trata de proponer una definición, como en la tradición positivista, sino de determinar criterios para identificar el carácter de contra-poder.

Este pasaría por la cercanía que aquella puede presentar con las prácticas, incluso no estatales, de la ciudadanía —entendida en su dimensión colectiva, social y no de simple individuos—, en pos de una mayor efectividad de sus derechos. Una vez más esto nos reenvía a la posibilidad, fáctica, que puede tener una institución de convertirse en vector de ciertas demandas sociales, lo que implica, en un nivel más técnico, la existencia de vías (procesales) que puedan ser movilizadas por los dominados con relativa facilidad, relativizando, por ejemplo, la presencia de abogados o el cumplimiento de procedimientos formales estrictos.

Una segunda precisión, y quizás más importante, tiene que ver con la relación que la institución establece con esos derechos, y que no se reducen a una mera garantía pasiva, propia a los “sujetos de derecho”. Se trata más bien de una interrelación de prácticas, que no tienen un mismo

carácter homólogo, sino que conservan su heteronomía. Para decirlo de otro modo, pueden existir entre ambas no sólo tensiones, sino también oposiciones y conflictos.

Esto, por cierto, no le permite encarnarse como un nuevo poder, muchos menos encarnar una legitimidad substancial, superior a aquella basada en la decisión democrática. La institución debe conservar su carácter disruptivo de contra-poder, un mecanismo que como tal emerge al interior del dispositivo constitucional, limitando obstáculos, consolidando resultados o potenciando procesos en la lucha por los derechos.

Finalmente, tampoco el concepto de “derechos” cabe integralmente en una definición jurídica. Se trata más bien de una gramática, que debe ser entendida, como escribimos en otro lugar, como la estructura lingüística de las reivindicaciones políticas de los individuos iguales. No se trata tan sólo, como lo expresara John Finnis, desde una posición iusnaturalista tomista de un lenguaje, a una manera de hablar de lo que es justo; adquiere para nosotros el sentido de una estructura gramatical propia de las reivindicaciones en los sistemas modernos y como forma del lenguaje político, implica, al contrario, la reducción de la aureola de trascendencia de los derechos humanos.

En ese plano, no existiría una oposición entre derechos y reivindicaciones, tal como lo ha planteado la teoría reciente del populismo, aunque no podemos desarrollar aquí este problema<sup>5</sup>. Esto implica analizarla como un hecho, el hecho de que, con la aparición de lo que Etienne Balibar ha llamado la igual-libertad en las revoluciones de finales del siglo XVIII, las reivindicaciones y reclamos de individuos y grupos que afectan su autonomía toman la forma de un derecho. Los derechos no serían tanto estándares, cuya legitimidad provendría de un contenido (liberal o al menos subjetivo) que de su adopción por un legislador democrático. Dicho de otra manera, los derechos son la forma legal específica de un orden creado democráticamente<sup>6</sup>.

Estos “derechos” no deben, por lo tanto, reducirse a derechos subjetivos, como en el siglo XIX, si entendemos por ello una dimensión puramente

---

<sup>5</sup> Ver C. M. Herrera, « Populismo y derechos », en J. L. Villacañas Berlanga, C. Ruiz Sanjuan (eds.), *Populismo versus republicanism*. Genealogía, historia, crítica, Madrid, Biblioteca Nueva, 2018, p. 295-311.

<sup>6</sup> Ya Michel Foucault había afirmado, sin desarrollarlo que las luchas políticas se formulan a través de afirmaciones de derecho, dejando entrever incluso una dimensión mayor como “réplica”. Cf. C. M. Herrera, « De l'Etat à l'étatisation? Penser le droit public avec Michel Foucault », *Revue Interdisciplinaires d'Etudes Juridiques*, n° 79, 2017, p. 39-54.

negativa y limitante. En ese sentido, no se oponen necesariamente a la autoridad estatal, como lo entendía el liberalismo decimonónico, y fuera aun proyectado en el siglo XX por autores como Carl Schmitt.

Una institución como la defensoría pública en el derecho brasileño, definida como institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, es una expresión de la transformación de la vieja concepción liberal de los derechos. Y en esa óptica, nos habilita a explorar algunos aspectos de la teoría constitucional de los contrapoderes sociales, es decir un tipo de contrapoder que se ubica dentro de la institución estatal.

La propia Constitución brasileña asocia la defensoría pública al régimen democrático (art. 134). Incluso, al otorgarle el carácter de “expresión” y más aún de “instrumento” podría pensarse que subordina la institución a las prácticas democráticas. Esto supone encarar la interpretación de la defensoría pública en una serie de extremos. Antes que nada, su accionar no se limitaría sólo al “acceso a la justicia”, sino a la “promoción” de los derechos humanos, como el propio articulado lo especifica, dándole a su actividad un sentido más activo. Tampoco se trataría de la vieja institución de la ayuda judicial a los “necesitados”, en la tradición pasiva que se le daba al término en el derecho procesal del siglo XIX, y que iba de par con un modelo asistencialista de las políticas públicas: el vínculo estructural con la democracia, que supone siempre ciudadanos activos en la perspectiva del autogobierno, asocia la institución a los sectores dominados de la sociedad, que en su pluralidad, conforman una lucha por el reconocimiento de su autonomía.

En más, la institución implica una ruptura con la mera “asistencia jurídica”, que, aunque evidente en el propio proceso de adopción de la norma constitucional positiva, merece ser subrayada en sus consecuencias teóricas. Ciertamente, ya Anton Menger, representante por antonomasia del socialismo jurídico, señalaba en uno de sus primeros libros que los derechos de las clases desposeídas llegaban a los tribunales para ser defendidos vía la ayuda jurídica en una situación de abandono similar a la que presentaban los cuerpos de los trabajadores cuando eran atendidos por la asistencia pública. Más aún, Menger entendía que la ayuda jurídica hacía poco para corregir esa desigualdad social, incluso la agravaba, porque, según entendía el profesor vienés, un servicio gratuito ofrecido a los pobres, en una sociedad donde cualquier beneficio se remuneraba monetariamente de acuerdo a su valor, sería, por definición, de menor calidad. En buen discípulo de Lorenz von Stein, confiaba en el valor



social del derecho público, y promovía de manera general un derecho procesal que entraría en sus moldes<sup>7</sup>.

A diferencia de Menger, quizás nosotros ya no pensemos que el proceso judicial pueda aparecer como un remedio específico para la reducción de las desigualdades sociales por el derecho –Menger definía incluso a la administración de justicia como el “órgano de los gobernados”, confiando en la forma tribunal–. Sin embargo, la aparición en el derecho procesal de instrumentos como la *Public Interest Litigation*, los litigios estructurales, o las *Class Action* muestran una transformación importante del viejo derecho individualista, y que ponen de manifiesto la relación estrecha entre políticas públicas e instituciones jurisdiccionales.

Ya sabemos que la teoría de los contrapoderes sociales desconfía de la erección de una institución pública que se presentaría, por una supuesta cercanía ontológica con la ciudadanía o aún con la sociedad, como una instancia superior, aunque más no sea jurídicamente, a (otros) órganos políticos, que operarían con una lógica más cerrada o directamente más autoritaria. Sería erróneo, por ejemplo, en referencia a la Defensoría pública, sacar conclusiones en ese sentido de la insistencia en la promoción prioritaria de la solución extrajudicial de conflictos prevista por la Ley complementaria 80/94 (art. 4º), y ampliada por la Ley complementaria 132/09, donde se anotan la mediación, la conciliación, y el arbitraje entre otras técnicas.

Pese a la extensión de la categoría de derechos, toda conflictividad social implicando a los dominados no se agota, por definición, en la esfera de decisión de un órgano jurisdiccional. No debe perderse de vista, entonces, que los conflictos de intereses a los que hace referencia la norma citada, son entendidos en sentido interindividual, no colectivos en sentido propio. Estos últimos requieren sin duda otro tipo de intervención, donde las formas democráticas adquieren otro significado más directamente político. Por cierto, algunos de los autores de estos estudios promueven la idea de solidaridad como elemento característico de la defensoría pública e incluso como función, lo que dejaría al descubierto una ambición más vasta. Pero desde la perspectiva de los contrapoderes sociales, la institución apunta ante todo al empoderamiento de los ciudadanos en un marco jurisdiccional.

---

<sup>7</sup> Para un análisis de su concepción, ver C. M. Herrera, « Socialisme juridique et droit de la procédure – La pensée d’Anton Menger », AA.VV., *Modèle français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de la procédure en Europe*, t. II, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2008, p. 231-249.

Como órgano especializado, la defensoría pública cumple un papel específico en relación a la promoción de los derechos humanos, el combate contra la corrupción, la concreción de la resolución extrajudicial de conflictos, la participación democrática de los interesados, el acceso a la justicia... Elementos que los diferentes capítulos de esta obra contribuyen a poner de manifiesto. Queda tal vez para otros estudios analizar la defensoría pública en su interrelación concreta con otras instancias, ya sean públicas como sociales, en un diagrama más amplio de la gubernamentalidad en el Brasil y sus resistencias.

*O modelo brasileiro de assistência jurídica público-constitucional possui características ímpares, tanto em sua formação histórica, como por seu desenvolvimento institucional no cenário jurídico nacional. Todavia, há ainda um vácuo no cenário dos escritos formadores de uma visão defensorial fiel à visão constitucional e à origem da carreira enquanto órgão de Procuratura de Justiça nascido como cargo isolado por meio da Lei n. 2.188, de 21/7/1954, no antigo estado do Rio de Janeiro, no seio da Procuradoria Geral de Justiça. Assim, a presente obra busca amenizar os efeitos do referido vácuo, ofertando ao leitor a visão da Defensoria Pública Brasileira enquanto uma espécie democrática de “Estado Defensor” revestindo de mecanismos de atuação que vão muito além da representação postulatória dos necessitados, tal como ocorria na mais limitada atuação dos antigos advogados de ofício, alcançando a legitimidade coletiva, a atuação extrajudicial e ainda de diversas formas de intervenção de terceiros, tais como amicus curiae e custos vulnerabilis. Com efeito, a possibilidade de atuação plural e seus impactos em múltiplos setores e áreas do Direito, tais como o Processo Constitucional, os processos estruturantes e de interesse público, a litigância estratégica, a atuação extrajudicial, o processo civil e o direito processual penal, são somente algumas dos relevantes temas abordados em conexão com a Defensoria Pública no livro, o qual poderá ser útil às mais diversas carreiras jurídicas em suas atividades profissionais, bem como aos estudantes e pesquisadores.*

