

AMICUS CURIAE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PORTUGUÊS: O ENIGMA DA ESFINGE DE TEBAS?

Ricardo Quintas*

Sumário: Introdução 1. Considerações históricas 2. Perspectivas actuais e distintas conformações do instituto 2.1. A mundividência anglo-saxónica: a experiência norte-americana 2.2. O caso brasileiro 2.3. Os trabalhos preparatórios da Reforma de 2013 do CPC 3. Predição ou sibilismo: uma solução normativa *de iure condendo* 3.1. A cláusula dos "interesses de relevância social" 3.2. O critério da "relevância jurídica" 4. Conclusões

«"Este é um juiz", queria K. dizer de imediato, mas conteve-se por uns momentos e aproximou-se do quadro como se quisesse estudá-lo em pormenor. Não soube identificar uma figura majestosa que surgia no centro, por cima do encosto do trono, e perguntou ao pintor sobre ela. "Ela ainda precisa de ser um pouco retocada", respondeu o pintor; tirou um lápis de pastel da mesinha e tracejou um pouco nos contornos da figura sem que, com isso, a tornasse mais nítida para K.. "A figura representa a Justiça", disse o pintor finalmente. "Agora já a reconheço", disse K. "aqui está a venda que tapa os olhos e aqui a balança. Mas não há asas nos calcanhares e ela não está a correr?" "Sim", disse o pintor; "tive de seguir instruções da encomenda, na verdade, trata-se da Justiça e da Vitória numa só figura." "Não é uma boa combinação", disse K., sorrindo, "a Justiça tem de estar quieta, de contrário a balança oscila e, nesse caso, não é possível haver uma sentença justa."»

Franz Kafka, O Processo, 1ª ed., Bertrand, 2012, p. 172.

* Este estudo foi realizado no âmbito da Disciplina de Direito Processual Civil II do ano lectivo 2015/2016, inserida no Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e leccionada pela Senhora Professora Doutora Maria José Capelo, a quem estamos profundamente agradecidos pelos ensinamentos inspiradores, dedicação e amizade permanentes. Por opção do autor, este artigo não segue o Novo Acordo Ortográfico.

INTRODUÇÃO



estudo que nos propomos empreender prende-se, na sua essência problematizante, com a controversa figura do *amicus curiae* no âmbito do Direito Processual Civil. Este instituto tem um enigmático percurso ao longo da historicidade jurídica, percurso esse que procuraremos desvelar de modo intrépido, sem nos entregarmos a um anódino modo de reflectir as razões que fundam o surgimento do «amigo do tribunal», e compreender a sua intencionalidade problemático-processual em certos períodos históricos, antropocronologicamente delimitados.

O Direito Processual Civil vive tempos de mudança. É indesmentível. No dealbar do séc. XXI, as legislações processuais entregaram-se a modificações sucessivas, algumas de fundo, outras apenas perfunctórias. Falamos, no plano processual interno, da Reforma de 2013 do Código de Processo Civil. Mas, do outro lado do Atlântico, mais concretamente no Brasil, o Novo Código de Processo Civil de 2015 introduziu um *quid* de diferenciação em diversas soluções legais. Houve um manifesto rompimento com a tradição processualista europeia continental. Falamos, pois claro, dos negócios jurídicos processuais que versam sobre o procedimento ou sobre distribuição de ónus, deveres ou faculdades das partes. Dir-se-á numa primeira aproximação crítica que estamos perante uma clara ruptura com a ideia de uma relação jurídica processual, triangular e de direito público. O Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Processual Civil, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nos dias 24 e 25 de Fevereiro de 2016, expôs os inelimináveis entrecruzamentos dos dois ordenamentos jurídico-processuais. Pôs em evidência também as mais modernas tendências do processo civil. E deu-nos o mote para encetar uma ponderada incursão

sobre o instituto do *amicus curiae*, já com alguma tradição brasileira, mas sem reflexo igual no direito luso. Pois bem. Embora a norma brasileira sirva de confortante horizonte discursivo, não será, seguramente, um horizonte estático. Procuramos mais. Assim, a mundividência anglo-saxónica não pode nem deve ser descurada. É nela que pululam fervorosamente as mais distintas concepções de *amicus curiae*, é nela em que mais se transfigurou e mais se distanciou do legado deixado pelo Direito Romano. E acreditamos, ainda, que o ingresso deste terceiro enigmático na legislação brasileira, na segunda metade do séc. XX, dá-se por incontornável influência norte-americana.

Deste nosso lado, terá o ordenamento jurídico-processual português aptidão para tolerar a introdução de um terceiro como o *amicus curiae*? Se sim, como será o contacto dialógico entre o Tribunal, as partes e o *Freund des Gerichts*? Que implicações, complicações e morosidade serão embutidas no processo¹? O intróito deste estudo apresenta um desassossego, que nos parece particularmente pertinente face a estas questões. Fará este terceiro desequilibrar a balança da Justiça, como alerta Kafka, e contribuir para uma decisão injusta? Ou, pelo contrário, introduzirá ele realidades factuais ou jurídicas, auxiliando o mais das vezes o juiz no enquadramento e interpretação de conceitos e princípios jurídicos? As hesitações em volta desta figura poderão ser contornadas, parece-nos, mas poderá esta ser um dos meios para reforçar a legitimidade da decisão judicial? Entendemos que algumas destas dúvidas poderão ter presidido à rejeição de uma previsão normativa do *amicus curiae* na então 2.^a Comissão de Revisão do Processo Civil, em 2012. Em nosso entender, esta decisão de não acolhimento reflecte, por um lado, a constatação de que o «amigo da corte» precisa de maior reflexão quanto ao entrosamento e enquadramento no grupo de normas processuais, reflexão essa para a qual pretendemos contribuir.

¹ Este é um dos problemas suscitados para as arbitragens internacionais, v. SIMÕES, 2017: 192, pelo que se deve estender a preocupação para os tribunais estaduais.

Um retoque numa norma, ou *in casu*, a introdução de uma nova norma, provoca sempre, em nosso entender, uma reacção em cadeia. Faz ressaltar incoerências noutra conjunto de normas, dificultando a compatibilização funcional, que cabe naturalmente ao intérprete superar. Por outro lado, a neblina em torno deste terceiro *sui generis* convoca, certamente, receios. Receios de que a realidade judiciária não encontre um espaço para a sua afirmação. E receios, também, relativamente à eventual entropia processual que seja causada e à vulgarização do instituto. Ou o *amicus curiae* se demonstra um verdadeiro amigo do Tribunal, ou será certamente prescindível. O reforço do activismo do juiz, na Reforma de 2013 do CPC, plasmado sobretudo no art. 6.º, é um alicerce basilar para que *de iure condendo* o ingresso daquele terceiro seja mais facilitado.

Só mais uma nota. O título excogitado para este trabalho não se nos afigurou difícil. Pareceu-nos, aliás, lógico. Sob o manto de autoridade da trama que envolve Édipo, no confronto com a Esfinge à porta de Tebas, também queremos (tentar) simplificar aquilo que o enigma parece impor inelutavelmente: a dúvida, a incerteza, a ambiguidade. Outrossim, o *amicus curiae* é a «criatura que pela manhã tem quatro pés, ao meio-dia tem dois, e à tarde tem três». Não sabemos quem é, por que porta entra no processo, que poderes processuais lhe são conferidos, nem as suas pretensões num processo que, à partida, seria uma «coisa apenas das partes». Impressivamente, ou não, entregamo-nos ao mitologismo do Rei Édipo, desvelador dos obstáculos oferecidos pela Esfinge. Mas que também soube aceitar, estoicamente, a descoberta da sua trágica identidade². Terá, desta feita, o «amigo da corte» uma identidade que se revele funesta, sinistra e incompatível com o Processo Civil? Comprometemo-nos, também, a procurar responder a esta preocupante questão.

² Ou a tragédia da condição humana, “onde o Homem, embalado pela canção da aparência, caminha, cego, para a sua ruína, pensando ter escolhido o rumo exacto, tornando assim todo o orgulho vão, e frágil toda a certeza de si próprio”, na impressiva apreciação de Maria do Céu Zambujo FIALHO, em SÓFOCLES, 2012: 31.

Estamos, pois, votados a um inevitável e débil fatalismo; o ponto de chegada que almejamos não é mais do que uma ressonância de provisoriedade.

1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A radicação histórica do *amicus curiae*³ encontra-se envolta numa neblina densa de incerteza, existindo muitos autores que não se sujeitam a uma incursão histórica mais comprometedora. Recorrendo a remissões genéricas para o Direito Romano⁴, desoneram-se do encargo pesado de serem confrontados com o mérito problemático suscitado pela provável figura processual que lhe deu origem. Apesar de existir controvérsia, o *consiliarius*⁵⁻⁶, participante no direito processual romano, será a

³ A tradução mais acertada parece-nos ser “amigo do tribunal”. Existem diversas aproximações conceptuais, destacamos as que se seguem:

(i) “a stander by, who informs the Court when doubtful or mistaken of any fact or decided case”, *The Student's Pocket Law Lexicon*, 1882: 20, disponível em: http://www.mindserpent.com/American_History/reference/1882_Stevens/1882_stevens_the_pocket_law_dictionary.pdf (consultado em 9-3-2016);

(ii) “One who, for the assistance of the court, gives information of some matter of law in regard to which the court is doubtful or mistaken; such as a case not reported or which the judge has not seen or does not, at the moment, recollect.”, *Bouvier's Law Dictionary*, BOUVIER, 1897: 138, disponível em:

http://www.mindserpent.com/American_History/reference/1897_Bouvier/1897_bouvier_vol_1.pdf (consultado em 09-3-2016);

(iii) “someone not a party to the litigation, but usually favoring one of the parties, and permitted to make an argument to the court”, *Melinkoff's Dictionary of American Legal Usage*, MELINKOFF, 2009: 27;

⁴ Alertam para a existência de um participante processual com funções análogas no Direito Romano, mas sem densificar: LOWMAN, 1992: 1244 e 1248; KRISLOV, 1963: 694; MUBANGIZI & MBAZIRA, 2012: 201; ASTA, 2015: 499.

⁵ Neste sentido, CRISCUOLI, 1973: 197. O autor chega a afirmar que se está perante um *trapianto*, um transplante, e não apenas uma figura semelhante ou análoga.

⁶ Referências aos *consilarii* podem ser encontradas nas Novelas de Justiniano, Constituição LXI, embora sem nunca se delimitar cerradamente as suas funções processuais: (i) “et ut consilarii non suscipiant cognitiones absque iudicibus”; (ii) “Illud etiam recte se habere perspeximus, non permittere consiliarios iudicium ipsos causa per se audire, quae apud administratores aut datos a nobis iudices agitantur”; (iii) “quum vero novissima sententia proferenda est, nullu modo praesumere consiliarios absque

manifestação mais arcaica do *amicus curiae*, partilhando entre si as mais inelimináveis semelhanças. Ainda assim, alguns autores estabelecem o *consilium principis*⁷ como ponto de partida histórico, embora sem fundamentos que consideremos consistentes⁸. Num estudo recente, KÜHNE⁹ relembra que a designação latina *amicus curiae* pode ser deceptiva, por se inferir intuitivamente que tem raízes romanas. Talvez por isso, o autor germânico seja inconclusivo na procura do seu elo latino, ora tendendo mais para a *amicitia*, ora evocando o *consilium*, passando ainda pelos *procuratores*, que poderiam servir-se do título de *amicus*¹⁰. Sublinha, no final do capítulo dedicado às eventuais origens romanas do «amigo do tribunal», de forma especulativa, que os *assessore*s podem mesmo ser o seu antecedente processual. Ora, os *assessore*s e os *consiliarii* diluem-se entre si, correspondem à mesma e única figura¹¹. KÜHNE adverte, também, ser mister não sobrevalorizar a relevância do precedente latino, qualquer que ele seja, pois o distanciamento para a sua concepção moderna será sempre considerável¹².

administratoribus audire...”; (iv) “ipsis quidem administratoribus viginti librarum auri formidantibus poenam, consiliariis autem, qui tale aliquid agere praesumserint...”; (v) “...adhuc veementioribus affligimus poenis, nisi per omnem consequenter litem ipsi cum suis *consiliariis* audiant causam.”; *Cuerpo Del Derecho Civil Romano*, Tomo VI: Novelas, Edictos y Constituciones del Emperador Justiniano, traduzido e compilado por GARCÍA DEL CORRAL, 2004: 239-242, disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/605/10.pdf> (consultado em 27-2-2016).

⁷ Um conselho composto por juristas reputados e titulares de cargos significativos, JUSTO, 2010: 28.

⁸ No sentido de que o *consilium principis* poderá ter inspirado o *amicus curiae*, v. MOHAN, 2010: 363, disponível em: http://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/975; Desconstruindo os argumentos deste último Autor, CREMA, 2012: 8-9.

⁹ “Vermutlich nicht zuletzt wegen der lateinischen Bezeichnung wird häufig von einem ursprünglich im römischen Recht wurzelnden Verfahren ausgegangen”, KÜHNE, 2015: 26.

¹⁰ KÜHNE, 2015: 27.

¹¹ Os altos magistrados podiam ser acompanhados pelos *consiliarii*, de quem recebiam apoio e aconselhamento jurídico constante, especialmente desde o Imperador Adriano, v. CHROUST, 1955: 533 e 596, disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol30/iss4/2> (consultado em 25-2-2016).

¹² KÜHNE, 2015: 33.

O *consiliarius* romano podia entrar no processo somente quando convocado pelo Tribunal, nunca por sua própria iniciativa, cabendo-lhe apenas a possibilidade de se manifestar de forma neutra quanto às demandas processuais. Esta breve e perfunctória caracterização permite-nos, desde já, retirar algumas conclusões: (i) não estamos perante, seguramente, um sujeito processual; (ii) não sendo parte da relação jurídica processual, a sua participação no processo esgotar-se-ia com a prática dos actos que lhe eram consignados; (iii) desinvestido de poderes de conformação processual¹³. Seria esta configuração, em traços gerais, dos *consilarii*. É este o *prius* ancestral, ponto de partida lógico, do qual partimos para mais à frente discutirmos uma solução normativa, relativa ao *amicus curiae*, mais próxima ou distante daquele interveniente processual arcaico.

O termo *amicus curiae* jamais se encontra no Direito Romano¹⁴, em qualquer das suas vastas épocas, e somente surgirá muito mais tarde, em Inglaterra, no séc. XIV¹⁵. No reinado de Eduardo IV, diversos casos jurisprudenciais recorreram a *amici curiae*, tendo ficado estabilizado o princípio, num caso de 1468, de que «*any man can inform the court in the case so that the court will not render judgement on an insufficient record*»¹⁶. A pulverização do instituto na mundividência medieval anglo-saxónica não se confina ao reinado daquele monarca, havendo um grande número de referências também durante os reinados de

¹³ Seguimos de perto a caracterização de FIGUEIREDO DIAS, embora reflectindo a mundividência do Direito Processual Penal. Sujeitos do processo terão, assim, poderes “*autónomos de conformação da concreta tramitação do processo como um todo, em vista da sua decisão final*”, enquanto os participantes processuais praticam “*actos processuais singulares, no sentido de que não são actos que sirvam para co-determinar o processo como um todo em vista da sua decisão final*”, FIGUEIREDO DIAS, 1995: 9 e 12.

¹⁴ Neste sentido, KÜHNE, Ulrich, 2015: 26, “Der begriff *amicus curiae* als Freund des Gerichts war im römischen Zivilprozessrecht aller Wahrscheinlichkeit nach unbekannt”; CREMA, 2012: 10.

¹⁵ LOWMAN, 1992: 1244; CRISCUOLI, 1973: 195.

¹⁶ CRISCUOLI, 1973: 195, v. também CREMA, 2012: 10, nota 34.

Eduardo III, Henrique VI e Eduardo V¹⁷. Na verdade, sem nos entregarmos a uma logomania, diremos que o *amicus curiae* anglo-saxónico se redimensiona e adquire uma especialidade que era desconhecida ao ancestral *consiliarius*: se este último não podia intervir sem o chamamento do magistrado, o primeiro pode por sua iniciativa pedir para ser introduzido no processo¹⁸. Mantinha-se, no entanto, a segunda característica já avançada anteriormente. O *amicus curiae* era, ainda nesta fase, um «*de-sinterested bystander*»¹⁹, um terceiro neutro, desinteressado da lide e do resultado final do litígio concreto, mais preocupado com o prestígio do Tribunal e com a qualidade da decisão jurisdicional. Mais tarde, no direito norte-americano, que já continha a figura, naturalmente por razões históricas notórias, deu-se uma grande metamorfose deste sujeito que transporta informação essencial para o juiz do processo, ao que SAMUEL KRISLOV chama «*the shift from neutrality to advocacy*»²⁰. Esta mudança de paradigma de actuação processual do *amicus curiae*, em meados do séc. XIX, afastou-o do que consideramos ser a sua origem, o *consiliarius*. Do *amicus* neutro surgiu o «*partisan*

¹⁷ Idem, *ibidem*; e TROCKER, 1989: 131.

¹⁸ CRISCUOLI, 1973: 198-199.

¹⁹ LOWMAN, 1992: 1248. Ou um *amicus heróico*, FRISON-ROCHE, 2012: 93.

²⁰ KRISLOV, 1963: 697; em sentido diverso, BANNER, 2003: 118-121, disponível em <http://hdl.handle.net/11299/169407> (consultado em 12-2-2016). BANNER argumenta que não houve propriamente uma transformação comportamental dos *amici curiae*. Na verdade, sempre coexistiram os *amici curiae* neutrais e os *amici curiae* identificados com uma das partes. O autor atribui a maior predominância dos da segunda modalidade, a partir de 1830, ao facto de o processo e as alegações de direito passarem a ter mais momentos escritos do que anteriormente, e ao maior registo escrito de precedentes jurisdicionais. Assim, deixaram de ter tanto impacto aqueles que na sala de audiência alertavam o julgador para precedentes dos quais se lembravam, por se estar perante um direito mais moldado pela “memória”, do que propriamente um direito sedimentado em texto. Esses motivos justificam, para BANNER, o decréscimo de neutralidade deste terceiro, que tinha muitas outras utilidades processuais, por exemplo, os *amicus* em caso de *dead party*, os *amicus quasi-lawyer*, e os *amicus* que correspondem no nosso sistema processual aos advogados dos assistentes. Fazendo também referência a estas diferentes modalidades de *amicus*, CREMA, 2012: 11.

amicus», quase que um assessor ou assistente de uma das partes, alguém que se identifica com a posição processual de uma das partes e tem interesse num desfecho final favorável para uma delas. As clássicas motivações da sua intervenção²¹, como a manutenção do prestígio do Tribunal, ao evitar uma decisão errónea, ou o auxílio ao juiz na interpretação de normas tidas como mais obscuras, ou ainda a preocupação em alertar para o falecimento de uma parte e também representação de menores, deram lugar uma intromissão paulatinamente mais parcial e quase indesejada, por vezes, quando meramente repetitiva da tese de uma das partes, referimo-nos aos «*me too briefs*»²². Não se quer com isto significar que aquelas razões, tão-só exemplificativas, deixaram de existir. Ao invés, pretendemos acentuar uma progressiva parcialização de um figurante, que na sua concepção mais pura protagoniza tarefas análogas à de um órgão consultivo. Na juridicidade norte-americana, o *amicus curiae* pode, ainda, interpelar o juiz no sentido de atender a interesses e valores metaprocessuais postos em causa com a decisão, e sensibilizá-lo para as consequências sociais²³. Esta última ideia convoca-nos algumas preocupações. Parece-nos uma aproximação perigosa a uma concepção do pensamento jurídico como uma «*tecnologia social*»²⁴, em que, alerta CASTANHEIRA NEVES, a “*própria problemática da judicativa valorização prática se converteria numa problemática de cálculo de efeitos ou de tipo consequencial*”²⁵. É, pois, um modelo que descaracteriza a função judicial,

²¹ KRISLOV, 1963: 695; TROCKER, 1989: 131; LOWMAN, 1992: . 1248; LUCAS, 1998: 1607-1608.

²² ANDERSON, 2015: 387, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2474729> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2474729> (consultado em 10-3-2016). As petições “*me too*” nada acrescentam a um processo, a não ser uma adesão irrestrita à tese de uma das partes, quase como que um voto. Este exemplo de participação processual do *amicus curiae* é inconveniente, provoca deseconomia processual e não introduz, de forma alguma, factos ou realidades que auxiliem o Tribunal a alcançar uma decisão justa.

²³ LUCAS, 1998: 1610.

²⁴ Caracterizado, assim, por CASTANHEIRA NEVES, 2013: 54.

²⁵ CASTANHEIRA NEVES, 2013: 56.

concebendo-se o juiz como um mero interveniente que procura realizar o direito em concreto à luz das soluções socialmente mais adequadas que a sociedade se propõe atingir. Ao juiz cabe, não a solução mais justa para o caso decidendo, mas sim a solução socialmente mais útil, vedando-o a um papel predominantemente administrativo, tornando-o um puro tecnocrata que executa o programa social pré-definido pelo legislador²⁶. A consequência imediata consistirá numa sobressocialização do direito, diluindo-o nos sub-sistemas sociais²⁷ que pretende dirigir, para além de negar a normatividade de garantia que aquele efectivamente é. O direito não passaria, então, de um instrumento “*relativizado às suas consequências de momento e variáveis*”²⁸. E o *amicus curiae* seria o diligente curador da decisão socialmente mais oportuna.

Expostas estas inquietações provocadas por muitas leituras que incessantemente atribuíam ao *amicus curiae* uma função de vigilante das repercussões sociais advindas de uma decisão jurisprudencial²⁹, cabe interpretar esta tarefa de modo a afastá-la de uma racionalidade de «*social engineering*». Em primeiro, só em casos muito excepcionais se deverá colocar esta questão, quando o mérito convocado pelo caso julgando extravase os interesses individuais das partes do processo. De seguida, o juiz não estará a optar pela via da decisão socialmente mais útil, o juiz apenas será sensibilizado para a existência de valores não representados no processo, o que fará dos *amici curiae* os *representantes de interesses supraindividuais*³⁰. Pelo que tudo se

²⁶ CASTANHEIRA NEVES, 2013: 59.

²⁷ Sistemas que “*se «condicionam» e perturbam, isto é, se imbricam reciprocamente*”, num “*«baloçar» de interferências entre eles, decorrente da circunstância de as reacções de um sistema parcelar às modificações ambientais se projectarem numa alteração do «meio-ambiente social interno» dos outros sub-sistemas*”, passagem de Fernando José BRONZE, que nos permite, confortadamente, enquadrar as relações entre direito e sub-sistemas sociais aludidos, BRONZE, 1994: 295.

²⁸ CASTANHEIRA NEVES, 2013: 61.

²⁹ LUCAS, 1998: 1610; LOWMAN, 1992: 1259.

³⁰ Na concepção impressiva de Elisabetta SILVESTRI, v. SILVESTRI, 1997: 697;

passará não ao nível de uma metamorfose de uma solução mais justa para uma resolução socialmente mais conveniente, mas sim de contribuir para essa mesma *justeza material da decisão*³¹, trazendo ao processo uma mundividência não representada, e cuja ausência de representação deve ser suprida.

O ponto de chegada histórico, que necessariamente teremos de alcançar no fim deste intróito, coincide com o panorama actual do instituto no sistema norte-americano, que conformou intensamente o *amigo do Tribunal* e o distanciou do seu longínquo formato processual, o *consiliarius*. Por um lado, a intervenção do *amicus* pode dar-se por sua iniciativa, ainda que esteja condicionada pela autorização judicial, ao contrário do *consiliarius*, cuja participação estará sempre dependente da chamada do Tribunal³². Por outro, a característica da imparcialidade da conduta deste último perdeu-se no tempo, podendo hoje o *amicus* assumir vestes parciais, tomando o nome de *Friend of a Party* ou ainda de *Litigating Amicus Curiae*, em casos muito circunscritos, toldados por motivações excepcionais. Comprometemo-nos, assim, a desvelar a complexa evolução e as diversas modalidades daqueles, quando nos dedicarmos em exclusivo à realidade concreta dos Estados Unidos da América.

2. PERSPECTIVAS ACTUAIS E DISTINTAS CONFORMAÇÕES DO INSTITUTO

O *amicus curiae* tem grande tradição jurídica em

também se referindo à mesma realidade, CRISCUOLI, 1973: 191.

³¹ BRONZE, 1994: 363.

³² “*Orbene il consiliarius, come singolo iuris peritus, o come componente di quel consesso, si presente sempre come l'incaricato di un compito le cui caratteristiche costanti sono essenzialmente due: intervenire su diretta richiesta del magistrato e consigliare secondo il proprio libero convincimento, nell'obbiettivo rispetto del principi di diritto. Da ciò le seguenti divergenze tra l'amicus e il consiliarius: se l'opera di questi è condizionata sempre dalla richiesta del magistrato, l'amicus, diversamente, può introdursi nel processo di propria iniziativa anche se con il beneplacito della Corte.*”, CRISCUOLI, 1973: 198.

ordenamentos da *common law*, não tendo igual expressão em sistemas da *civil law*, embora a discussão sobre uma eventual recepção de um figurante processual à imagem daquele tenha uma extensão considerável e, por isso, não despendianda. Embora as legislações processuais do direito continental europeu não contenham, em regra, previsões normativas daquele, não se pode, sem mais, inferir ou concluir que o mesmo não exista em sede da *civil law*. Pelo contrário. Os tribunais nacionais dos Estados-Membros da União Europeia, em certos litígios³³, são obrigados a aceitar a intromissão da Comissão Europeia, nas vestes de um verdadeiro conselheiro neutral. Nos processos arbitrais a presença do *amicus curiae* também não é propriamente estranha³⁴. Tendo sido dado um primeiro impulso histórico sobre

³³ Nos processos relativos à aplicação dos arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, ou seja, sobre as interdições de cartéis e do abuso de posição de dominante, a Comissão pode, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais nacionais dos Estados-Membros em situações em que tal seja essencial para assegurar a aplicação coerente daqueles artigos. No entanto, para considerações orais, carecem de autorização do juiz. Assim determina o art. 15.º, n.º 3, do Regulamento N.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002. É inequívoco que, neste caso circunscrito, em sede de Direito da Concorrência, se está perante um autêntico *amicus curiae*. Neste sentido, KOCHEVAR, 2013: 1653. Sobre a participação da Comissão Europeia como *amicus curiae*, v. LEVINE, 2011: 215, e especificamente nos processos nacionais relativos a auxílios de Estado, v. QUINTAS, 2017: 272-275.

³⁴ A título de exemplo, nos processos arbitrais relativos a investimentos, veja-se o art. 5.º das *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* da UNCTRAL (*The United Nations Commission on International Trade Law*) ou a *Rule 37*, n.º 2, das *Arbitration Rules* do ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), sobre isto ver CREMA, 2012: 41-45; TEIXEIRA DE SOUSA, 2012: 250-251, alertando o Autor para a potencial incompatibilidade entre a presença de *amicus curiae* e a confidencialidade naqueles processos arbitrais. Também em SIMÕES, 2017: 163 se faz referência à incompatibilidade entre arbitragens internacionais de investimentos, vocacionadas para uma maior confidencialidade (não se pode escamotear a natureza convencional da arbitragem e a vontade das partes), e a participação de “*third-parties*”, tendo sido justificação de muitos tribunais para rejeitar a participação daqueles. No entanto, a tendência nos últimos 15 anos é a de possibilitar a participação de *non-disputing parties*, abrindo o processo à sociedade civil, legitimando a arbitragem de investimentos, SIMÕES, 2017: 167, 178 e LEVINE, 2011: 208. Referindo-se à (porventura pretensa) tutela do interesse público através de *amicus curiae* em litígio internacionais desta natureza, v. MALAGUTI, 2010: 4-5 e 8.

a evolução anglo-saxónica do instituto, não pretendemos replicar iguais esforços neste momento discursivo. Pretendemos, sim, tentar reflectir e compreender as factualidades normativas do *amicus curiae* existentes nalguns sistemas jurídicos, para nos nortear na caracterização deste personagem do processo e permitir algumas considerações perfunctórias sobre a bondade jurídico-processual de soluções análogas. Assim, é nossa intenção percorrer, naturalmente, o *amicus curiae* modernamente configurado pela juridicidade norte-americana, embora admitamos particularidades distintivas entre os diversos Estados, procurando, portanto, demarcar um núcleo intangível que perfaça uma concepção genérica de *amicus curiae* norte-americano.

Encerrado esse percurso pela *common law*, consideramos inevitável fazer uma apreciação da relação do ordenamento jurídico-processual brasileiro com a figura que nos propusemos estudar. O art. 138.º do CPC brasileiro de 2015, que a prevê, concede-nos um admirável mundo novo, que poderá não ser assim tão novo, ou deve ser entendido como uma caixa de Pandora? As alterações a este artigo, que tem inelimináveis antecedentes normativos, alcançam os resultados benéficos que se pretendia ou, ao invés, convocam mais desvantagens processuais? É, num pano de fundo predominantemente especulativo, que trataremos o art. 138.º, pois algumas das modificações por si introduzidas só irão ser sentidas num futuro ainda por chegar.

A partir do Brasil, considerámos conveniente passar para o tratamento da norma sobre o *amicus curiae* que esteve para ser introduzida no CPC português em 2013, na então 2ª Comissão de Trabalhos Preparatórios, norma que não obteve acolhimento, no nosso entender, muito infelizmente.

2.1. A MUNDIVIDÊNCIA ANGLO-SAXÓNICA: A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

É incontestável que é em sede de direito da *common law*

que se tem verificado um extenso e complexo desenvolvimento do *amicus curiae*, sobretudo nos Estados Unidos da América, que perpetrou, no nosso entender, uma liquidação e aniquilamento quase completos da intencionalidade problemática que antevemos naquele, o já referido «*shift from neutrality to advocacy*».

O processo civil norte-americano apresenta um conjunto de particularidades que o distanciam dos mais diversos modelos processuais da Europa Continental. Toma o nome de sistema *adversarial*, por fazer impender sobre as partes o grande encargo de conduzir o processo e por se estar em regra perante um juiz impassível e imperturbável. Assim, o “*judge-centered procedure*”³⁵ é uma realidade inexistente nos Estados Unidos da América. E, portanto, a norma do art. 411.º do CPC português é irrepetível naquele ordenamento, não podendo um juiz norte-americano investigar factos para ele próprio construir as bases da sua decisão. Esta aversão ao Princípio do Inquisitório radica no fundado receio do halo da imparcialidade do julgador ser inquietado. Reside, então, nas partes e nos seus mandatários judiciais todo o peso de impulsionar o processo, estando a condução do juiz num plano muito secundário. Às partes incumbe também o ónus de produzir as provas sem esperar alguma iniciativa judicial na indagação da verdade material. A figura central do processo civil norte-americano é, parece-nos, o advogado. É ele que dinamiza o processo, mas o grande lastro de poderes que lhe é concedido é contrabalançado pelas *Rules of Professional Conduct*³⁶. Diremos mais. O processo norte-americano é reflexo da cultura norte-americana intensamente competitiva e individualista. Na verdade, o sistema *adversarial* beneficia os mais ricos em detrimento dos economicamente mais desfavorecidos. Isto porque o sucesso num processo com estas características está dependente da capacidade e habilidade técnico-legal do

³⁵ HAZARD & TARUFFO, 1993: 20.

³⁶ HAZARD & TARUFFO, 1993: 92.

mandatário judicial. E os melhores só estarão, em princípio, à disposição de quem detém mais recursos. É a lógica do mercado de prestação de serviços jurídicos. Como previnem HAZARD e TARUFFO, este modelo não garante a justiça material nos casos de *vulnerabilidade* processual de uma das partes³⁷. A concessão de mais poderes autoritários ao juiz iria de encontro às premissas ideológicas conformadoras de todo o ordenamento jurídico norte-americano: a divinização da liberdade individual e da autonomia privada. O tratamento igual das partes exigirá, neste modelo, uma permanente inação do jurista julgador, que será um mero árbitro do litígio, que controlará a verificação das regras do jogo.

Na verdade, este percurso fugaz pela matricial concepção processual norte-americana prende-se com uma função de suprimento que alguns autores entrevêem no *amicus curiae*³⁸. Assim, o mecanismo pode ser entendido como uma forma de reverter ou de mitigar os efeitos adversos de uma aplicação estrita dos princípios de um sistema adversarial puro, ou um sistema liberal, tutelando interesses que de outra forma não estariam representados no litígio, chegando mesmo a decidir questões que não foram suscitadas pelas partes³⁹. Este arquétipo liberal viveu sob a égide do “*trial by duel*”, isto é, na ideia de que às partes era concedido o direito de litigar sem jamais sofrerem a perturbação de terceiros⁴⁰. Acompanhamos, assim, a ideia de que o *amicus curiae* simboliza um afastamento do processo liberal ou duelístico

³⁷ HAZARD & TARUFFO, 1993: 104.

³⁸ KRISLOV, 1963: 696 e 720; LOWMAN, 1992: 1244 e 1249, alertando o autor para uma função central do *amicus curiae* no processo *adversarial* de representar interesses de terceiros potencialmente afectados por um litígio; ANDERSON, 2015: 381., concluindo a autora que a modalidade de intervenção do *amicus curiae*, em muitos casos, surge como forma de um terceiro participar no processo, no qual tem interesse relativamente ao desfecho, ou no qual quer salvaguardar um interesse, que não tem uma intensidade valorativa justificadora de uma intervenção como assistente – o caso dos *Near Intervenors*, na designação da autora.

³⁹ Sobre este ponto, o inultrapassável contributo de Brianne J. GOROD, 2011: 3.

⁴⁰ KRISLOV, 1963: 696; LOWMAN, 1992: 1248-49.

puro⁴¹.

De que forma nos surge, hoje, o *amicus curiae* na discursividade jurídico-processual norte-americana? Estamos perante um mero participante processual ou um verdadeiro sujeito processual? Poderá ele influenciar a tramitação processual ou será apenas um figurante menor, que terá de se conformar com o processo tal como foi conduzido pelas partes? Será ele um terceiro que vem ao processo ou um mero auxiliar do juiz? Que contributo norte-americano pode auxiliar-nos na indagação a estas respostas?

α) SUJEITO PROCESSUAL OU MERO PARTICIPANTE PROCESSUAL?

Sem delongar mais, diremos o seguinte: a labilidade no tratamento processual do “*amigo do tribunal*” é mais que notória neste ordenamento jurídico. O que queremos significar é que o *amicus curiae* tanto pode assumir num processo as vestes de um verdadeiro sujeito processual, com poderes de conformação processual, no sentido de poder alterar a tramitação do processual, como pode, ao invés, sujeitar-se a um papel mais limitado, praticando actos singulares, cujo conteúdo processual se esgota na própria actividade. Nesta última hipótese, será um mero participante processual.

A falta de uniformização na atribuição ou não de poderes processuais é inquestionável, ora existindo processos em que o Tribunal, por sua alta recreação, decide investir um terceiro, sob o nome de *amicus curiae*, de concretos poderes para condicionar a tramitação do processo, ora existindo outros em que o juiz veda esse terceiro de uma intervenção processual semelhante à de uma parte. Tal incoerência não é tão incidental quanto seria expectável. A controvérsia é bastante difundida, o que, em nosso entender, se afigura grave. A admissibilidade deste participante

⁴¹KOCHEVAR, 2013: 1656; e SILVESTRI, 1997: 684.

deve estar bem definida, assim como o lastro de poderes que lhe é conferido. Caso contrário, a consequência será uma instabilidade grave ao nível dos princípios da segurança jurídica e da igualdade. Não é concebível um processo onde de antemão os poderes de alguém não estejam delimitados ou não sejam cognoscíveis.

Vejam os o problema actual. Num artigo já citado, LOWMAN põe em evidência a bipolaridade do estatuto processual do *amicus curiae*. Manifestando o seu desagrado, propõe uma solução normativa, a ser incluída nas *Federal Rules of Civil Procedure*, de forma a pôr fim ao casuismo subjectivista e arbitrário vivido no país⁴². Dúvidas não restam de que a figura é alguém diferente das partes originárias, portanto, autor e réu. E dúvidas também não restam da alteração paradigmática que sofreu. Assim, o autor reduz o problema a dois pólos inultrapassáveis: (*αα*) quem pode e, em que condições, ser *amicus curiae* (*αβ*) limites à actuação processual daquele.

αα) A susceptibilidade de se ser *amicus curiae* é tratada discricionariamente por cada tribunal. Se há tribunais que se mantêm fervorosamente adeptos de uma solução tradicional ou interpretação histórica deste participante, exigindo um *quid* de diferenciação, que passa por uma total neutralidade em relação às partes, outros adoptaram uma via mais moderna, desconsiderando a questão da imparcialidade em relação às partes. Embora, remetamos a nossa visão sobre o requisito da indiferença do *amicus curiae* face aos litigantes para um momento posterior, importa agora tornar claro que parte da doutrina norte-americana tem caminhado no sentido de não dar relevância à questão da imparcialidade⁴³. LOWMAN, assim, conclui que podem existir

⁴² LOWMAN, 1992: 1297-1299.

⁴³ LOWMAN, 1992: 1258-1259 e 1298; ANDERSON, 2015: 364, colocando a autora a tónica na representação de interesses legítimos por parte do *amicus curiae*, no que concerne à sua admissibilidade processual. A imparcialidade é apenas algo que é trazido à discussão, novamente, pelo termo deceptivo, dizendo “the term *amicus* – friend – seems to obscure the reality of *amicus curiae* participation today”.

amici neutrais, que vão ao encontro do seu sentido literal e histórico, e *amici* parciais. A imparcialidade para LOWMAN afere-se em dois sentidos. Por um lado, em relação aos litigantes, inexistindo um interesse de que um daqueles venha a obter ganho de causa. Por outro, os *amici* também só serão neutrais se a única finalidade que visarem com a sua actuação for a manutenção do prestígio do Tribunal e boa aplicação do direito. Insistimos. Tais características subsumem-se a uma tradicional visão do *amicus curiae*, radicada no *consiliarius*.

Verificou-se na prática judiciária norte-americana que, não raras vezes, os juízes afastaram o requisito da imparcialidade, tradicionalmente consagrado para os *amici curiae*, permitindo o ingresso de sujeitos sob o manto diáfano oferecido por aquele nome, mas alinhando coniventemente com os interesses de uma das partes. A estes, LOWMAN atribui-lhes o nome genérico de “*private party amicus curiae*”⁴⁴. Mais. Em certos casos, ofereceu-se-lhes verdadeiros poderes processuais, transformando o *amicus curiae* num equivalente às partes, ao dotá-lo de poderes para influenciar a tramitação. Surge então o *litigating amicus curiae* ou *amicus curiae híbrido*. Estes começaram a dispor de prerrogativas até então preservadas nas partes, alegando factos, mas sobretudo ao nível instrutório, podendo requerer meios de prova e apresentar evidências com relevância probatória. Ou seja, eram concorrentes das próprias partes, muitas vezes diminuindo ou oprimindo o papel daquelas⁴⁵. Ainda mais. Esta intervenção alternativa teve sempre como justificação a representação de interesses supra-individuais tangidos no processo, e colateralmente a justa composição do litígio. No caso *Equal Employment Opportunity Commission vs Pan American World Airways*, o Tribunal desenvolveu uma tese para aceitar a entrada de um *hybrid amicus curiae*, exigindo que (i) as partes em litígio

⁴⁴ LOWMAN, 1992: 1258, ou na designação ainda mais sintética de Helen ANDERSON, “*friend of a party*”, ANDERSON, 2015: 378. Tal motiva a afirmação de FRISSON-ROCHE (2012: 93) de que o modelo norte-americano é *cinico*.

⁴⁵ LOWMAN, 1992: 1276-1277.

não representassem adequadamente os interesses do concreto amicus, (ii) que o amicus trouxesse perspectivas e conhecimentos indeclináveis, e finalmente (iii) que uma das partes se mostrasse favorável ao à sua participação⁴⁶.

αβ) Quanto à limitação dos poderes processuais do *amicus curiae*, a jurisprudência norte-americana mostrou-se, repetimos, esquizofrénica. Assim, em certos casos, ele não passará de um mero auxiliar do juiz, e da Justiça, configurando-se como um verdadeiro participante processual. O Tribunal chamá-lo-á por sua iniciativa, ou aceitá-lo-á após estímulo exterior, requerimento das partes ou do próprio que pretende auxiliar, o “amigo” virá, prestará o seu contributo, e a sua participação processual esgotar-se-á nesse exacto momento. Deste modo, não terá efectivos poderes processuais. Noutros processos, perante as circunstâncias específicas do caso concreto julgando, poderá não desempenhar funções tão comedidas, elevando-se o seu estatuto, ora tendo poderes muito amplos na fase instrutória, ora, em casos extremos⁴⁷, tornando-se uma figura com faculdades iguais às das partes. Aqui será um verdadeiro sujeito processual, e sem obedecer às regras da intervenção de terceiros, conseguirá a vantagem de conformar o processo, sem estar vinculado à decisão do Tribunal.

β) REFRACÇÕES NORMATIVAS NORTE-AMERICANAS

Tendo noção de que caminhamos em terrenos pantanosos, teremos de mobilizar-nos dentro de um universo normativo conhecido. A *Rule 24* das *Federal Rules of Civil Procedure*⁴⁸

⁴⁶ LOWMAN, 1992: 1269.

⁴⁷ LOWMAN, 1992: 1279, referindo-se ao caso das prisões do Michigan, disponível em:

<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/940/940.F2d.143.90-1537.90-1367.90-1366.html> (consultado em 10-3-2016).

⁴⁸ *Rule 24. Intervention*

(a) *Intervention of Right*. On timely motion, the court must permit anyone to intervene who:

trata do problema da intervenção de terceiros, balizando rigidamente os critérios da sua admissibilidade. A norma contrabalança os interesses das partes presentes no processo, os terceiros que têm um interesse legítimo de se imiscuir nele, e o interesse público da economia processual.

Inspidamente, aqueles que não preenchem a previsão desta norma, não podem adentrar no processo, nomeadamente por o Tribunal considerar que o requerimento para intervir não foi apresentado tempestivamente. Ora, muitas vezes, depois de se indeferir esta pretensão, o Tribunal pode considerar conveniente que aquele sujeito esteja no processo, ou seja, fez um juízo inicial errado e precipitado. E a via encontrada para suprir essa falha, muitas vezes, é a do *amicus curiae*, e muni-lo com poderes processuais⁴⁹. Ou seja, aquele que deveria ser terceiro, torna-se um *litigant amicus curiae*, desvirtuando o instituto do “*amigo do tribunal*”, desvirtuando a intervenção de terceiros, acabando por

(1) is given an unconditional right to intervene by a federal statute; or
(2) claims an interest relating to the property or transaction that is the subject of the action, and is so situated that disposing of the action may as a practical matter impair or impede the movant's ability to protect its interest, unless existing parties adequately represent that interest.

(b) *Permissive Intervention.*

(1) In General. On timely motion, the court may permit anyone to intervene who:

(A) is given a conditional right to intervene by a federal statute; or

(B) has a claim or defense that shares with the main action a common question of law or fact.

(2) By a Government Officer or Agency. On timely motion, the court may permit a federal or state governmental officer or agency to intervene if a party's claim or defense is based on:

(A) a statute or executive order administered by the officer or agency; or

(B) any regulation, order, requirement, or agreement issued or made under the statute or executive order.

(3) Delay or Prejudice. In exercising its discretion, the court must consider whether the intervention will unduly delay or prejudice the adjudication of the original parties' rights.

(c) *Notice and Pleading Required.* A motion to intervene must be served on the parties as provided in Rule 5. The motion must state the grounds for intervention and be accompanied by a pleading that sets out the claim or defense for which intervention is sought.

⁴⁹ LOWMAN, 1992: 1284.

criar uma hidra processual, que acabará com a consumpção da lide por parte daquele.

Vejam os que mais normas existem ao nosso alcance. Da leitura da *Rule 29* das *Federal Rules of Appellate Procedure*⁵⁰,

⁵⁰ *Rule 29. Brief of an Amicus Curiae*

(a) *When Permitted.* The United States or its officer or agency or a state may file an amicus-curiae brief without the consent of the parties or leave of court. Any other amicus curiae may file a brief only by leave of court or if the brief states that all parties have consented to its filing.

(b) *Motion for Leave to File.* The motion must be accompanied by the proposed brief and state:

(1) the movant's interest; and

(2) the reason why an amicus brief is desirable and why the matters asserted are relevant to the disposition of the case.

(c) *Contents and Form.* An amicus brief must comply with Rule 32. In addition to the requirements of Rule 32, the cover must identify the party or parties supported and indicate whether the brief supports affirmance or reversal. An amicus brief need not comply with Rule 28, but must include the following:

(1) if the amicus curiae is a corporation, a disclosure statement like that required of parties by Rule 26.1;

(2) a table of contents, with page references;

(3) a table of authorities—cases (alphabetically arranged), statutes and other authorities—with references to the pages of the brief where they are cited;

(4) a concise statement of the identity of the amicus curiae, its interest in the case, and the source of its authority to file;

(5) unless the amicus curiae is one listed in the first sentence of Rule 29(a), a statement that indicates whether:

(A) a party's counsel authored the brief in whole or in part;

(B) a party or party's counsel contributed money that was intended to fund preparing or submitting the brief; and

(C) a person—other than the amicus curiae, its members, or its counsel—contributed money that was intended to fund preparing or submitting the brief and, if so, identifies each such person;

(6) an argument, which may be preceded by a summary and which need not include a statement of the applicable standard of review; and

(7) a certificate of compliance, if required by Rule 32(a)(7).

(d) *Length.* Except by the court's permission, an amicus brief may be no more than one-half the maximum length authorized by these rules for a party's principal brief. If the court grants a party permission to file a longer brief, that extension does not affect the length of an amicus brief.

(e) *Time for Filing.* An amicus curiae must file its brief, accompanied by a motion for filing when necessary, no later than 7 days after the principal brief of the party being supported is filed. An amicus curiae that does not support either party must file its brief no later than 7 days after the appellant's or petitioner's principal brief is filed. A

retiramos alguma opacidade normativa. Por um lado, concede-se, injustificadamente a nosso ver, uma posição privilegiada a entidades governamentais⁵¹ para requererem a actuação como *amici curiae*. Assim, beneficiam de uma presunção de idoneidade ou de aptidão para auxiliar o Tribunal numa questão de grande repercussão social. Qualquer outro que queira fazer valer-se como “*amigo do tribunal*” só estará autorizado a requerer esse estatuto se as partes estiverem de acordo, ou se o Tribunal o entender desejável. Por outro, a regra impõe requisitos de procedibilidade do requerimento, impondo ao interessado a justificação da sua pretensão de participar como *amicus* para além de ter de convencer o Tribunal que essa participação será relevante para a decisão da causa. Mais ainda. Em nenhum momento é definida a extensão dos poderes processuais, pelo que também, neste ponto, nada é aclarado. Uma última nota para a consagração implícita, pensamos, na alínea (e) do *amicus curiae* parcial, que adere à tese de uma das partes, embora seja inegável que

court may grant leave for later filing, specifying the time within which an opposing party may answer.

(f) *Reply Brief*. Except by the court's permission, an *amicus curiae* may not file a reply brief.

(g) *Oral Argument*. An *amicus curiae* may participate in oral argument only with the court's permission.

⁵¹ Inexiste este privilégio de entidades governamentais submeterem o requerimento sem autorização do Tribunal, por exemplo, na África do Sul, Rule 16A das *High Court Rules*. O juiz é quem sabe quem deve ser seu *amigo*, em todos os momentos, mesmo na fase de pedido para subscrever um pedido de participação como *amicus curiae*. Tal é notório nos n.ºs (8) e (9). A propagação do instituto é incessante neste país, com uma experiência democrática muito recente, e uma enorme necessidade de reagir contra velhos fantasmas do período do *apartheid*. Tal reacção dá-se pela advocacia versada para os direitos humanos, mobilização e protecção de direitos concedidos pela Constituição, que o processo tinha tantas vezes posto em causa. Daí ter vindo a verificar-se uma progressiva democratização do poder jurisdicional, procurando-se a solução mais justa do caso concreto, conferindo-se cada vez mais uma legitimação maior à decisão jurisdicional. Tal é feito recorrendo às imensas estruturas da sociedade civil, que podem aperfeiçoar a justiça do caso concreto, alertando o Tribunal para aspectos metaprocessuais que não foram tidos em conta. São organizações ou entidades que não têm um directo interesse na lide, mas cujas perspectivas serão mais que úteis na *decision making process*, v. MUBANGIZI & MBAZIRA, 2012: 199-218.

possa revelar-se manifestamente útil aos Tribunais, num sistema *adversarial*. A regra diz muito mais. Mas são estes os pontos nevrálgicos da norma que mais nos sensibilizaram.

Embora haja muitos juízes que lancem anátemas a requerentes do estatuto de *amicus curiae*, por se mostrarem comprometidos com uma das partes, a verdade é que a jurisprudência mostra uma progressiva tendência para se libertar do requisito da imparcialidade, ainda mais porque tanto a *Rule 29* das *Federal Rules of Appellate Procedure* como a *Rule 37* das *Rules of Supreme Court of the United States* em nenhum momento se referem à exigibilidade de um halo de neutralidade. Está demonstrado, desta feita, a superação de um modelo mais tradicional da figura e a consagração jurisprudencial, e normativo também, do já mencionado «*shift from neutrality to advocacy*» de KRISLOV. Os poderes discricionários do Tribunal, quanto à aceitação da participação processual de alguém enquanto *amicus curiae* e à avaliação do mérito das contribuições, são muito latos, indo ao encontro da ideia de que estamos perante um mecanismo jurisprudencial onde a palavra de ordem é a flexibilidade⁵². Na verdade, MENÉTREY apologiza normas que ofereçam grande amplitude ao juiz do caso concreto, é ele o gestor do processo, já numa lógica de direito europeu continental, e por isso é ele quem melhor avalia o sentido de oportunidade da participação de alguém que se diz *amigo do tribunal*. Em jeito conclusivo desta linha de raciocínio, não existe o direito, a nosso ver, de participar num processo como *amicus curiae*⁵³. Este é um mecanismo processual ao serviço do poder jurisdicional, sem criar na esfera jurídica de alguém esse direito a participar com aquele estatuto⁵⁴.

⁵² MENÉTREY, 2010: 243.

⁵³ Assim tem sido a tradição jurisprudencial dos países da *common law*, como afirma MALAGUTI (2010: 2). Contra esta visão, LEVINE (2011: 222) prefere normas que confirmem direitos de participação a *amici curiae*.

⁵⁴ Assim, TROCKER, 1989: 132; MENÉTREY, 2010: 252. E também SIMÕES, 2017: 162. CAVALLONE (1991: 251) refere-se a uma convocação informal por parte do Tribunal, sustentando esta afirmação.

Tudo isto contribui para afirmar o seguinte: só é amigo do Tribunal quem este reconhecer como tal.

2.2. O CASO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico-processual brasileiro sofreu recentíssimas alterações que culminaram no CPC de 2015, introduzindo mudanças paradigmáticas, novidades inéditas que *novos mundos ao mundo irão mostrando*, como os negócios jurídicos processuais que versam sobre o procedimento ou ônus e deveres das partes, assim como conceitos que necessitam de infinitas densificações por parte da jurisprudência e da doutrina, falamos, a título de exemplo, da vulnerabilidade processual.

Quanto ao instituto que presentemente estudamos, a discussão doutrinal em torno da figura é vastíssima, naturalmente também em resultado de esta existir no sistema jurídico brasileiro desde a Lei nº 6.835/1976⁵⁵, que regulava o mercado de valores mobiliários e a Comissão de Valores Mobiliários. Olhe-mos o seu art. 31.º:

“Nos processos judiciais que tenham por objeto matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.”

Frisemos de maneira firme e clara que estamos perante um *amicus curiae* no verdadeiro sentido da palavra. Efectivamente, a Comissão de Valores Mobiliários actua processualmente, se nisso tiver interesse, com finalidade de esclarecer o Tribunal e de contribuir para a qualidade da decisão jurisdiccional. Uma primeira observação deve ser avançada. O Tribunal está vinculado ao chamamento da Comissão nos litígios que

⁵⁵ DIDIER JR. & SOUZA (2013: 414) radicam ainda mais remotamente o antecedente normativo, no art. 6.º, §2.º do Decreto 6.142, de 10.03.1876, mas tem sido maioritariamente afirmado que a Comissão de Valores Mobiliários corresponde teve o primeiro papel de *amicus curiae* no Brasil, por exemplo, v. BAHIA, 2016: 181.

versem sobre matérias compreendidas na competência desta. Ou seja, insistimos, mesmo que o juiz não sinta necessidade de colaborações exteriores para uma melhor compreensão dos contornos da lide, a lei impõe-lhe um verdadeiro dever de chamamento da Comissão. Assim, se o convite do juiz é obrigatório, neste caso por opção legislativa, já será facultativa a correspondente aceitação. Não se vislumbra aqui, portanto, nenhum *Aufklärungspflicht*. A Comissão só submeterá as suas apreciações sobre o caso *sub iudice*, se assim o entender. Parece-nos que o espírito do *amicus curiae* da *common law*, antes da mutação assinalada por KRISLOV, está preservado na norma legal que tratamos, embora faça desaparecer um dos momentos discricionários da actuação judicativa: se se mantém a discricionariedade ou livre apreciação por parte do Tribunal quanto às informações aduzidas pela Comissão, não se mantém a discricionariedade quanto à decisão de chamar esta.

Volvidos dois anos, o legislador brasileiro introduziu alterações significativas ao Art. 31.º, com a Lei nº 6.616, de 16 de Dezembro de 1978, atribuindo legitimidade recursória à Comissão de Valores Mobiliários:

“§3º - A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram.”

Quer isto significar que o *amicus curiae* no seu sentido mais puro é transfigurado, passando a ter poderes processuais, e a poder interpor recursos quando as partes não o tenham feito. Ora, isto é um acto processual em princípio vedado às partes, e como alerta OTHMAR JAUERNIG, aludindo à doutrina de GOLDSCHMIDT, é um autêntico acto processual, que produz efeitos processuais independentemente da mediação judicativa⁵⁶. E transforma-se, de acordo com a posição que temos

⁵⁶ Assim, os actos processuais das partes desdobram-se em actos estimulantes ou actos determinantes. Os primeiros só serão eficazes mediante uma avaliação judicativa da sua admissibilidade e justeza, enquanto os segundos podem produzir os seus efeitos no processo sem o crivo judicial, mas não sem antes serem provados. JAUERNIG dá como exemplos da primeira modalidade as alegações de facto e a apresentação de

vindo a expor, num *litigating amicus curiae* a que LOWMAN se refere.

Antes do Novo CPC brasileiro de 2015 entrar em vigor, SCARPINELLA BUENO classificava peremptoriamente o *amicus curiae* como terceiro, para além de defender uma introdução sistemática nas modalidades de intervenção de terceiros na Parte Geral do Código. Terceiro, em primeiro lugar, por uma questão lógica: o *amicus curiae* não é uma das partes originárias do processo, isto é, não é o autor, ou um dos autores, que demanda nem o réu, ou um dos réus, demandados. Nada de novo aqui. Mas, fazendo um breve regresso ao CPC português, também não será um terceiro que intervirá a título principal, arts. 311º a 320º, não assumirá um estatuto de parte principal, nem terá os mesmos direitos das partes primitivas. E, conclui SCARPINELLA BUENO, esta modalidade de intervenção de terceiros distingue-se do instituto da assistência, nem podendo ser interpretada como uma assistência *sui generis*⁵⁷. Se a intervenção do assistente radica no interesse jurídico em que a decisão da causa seja favorável à parte que se propõe ajudar, o *amicus curiae* intervirá no processo, ainda no argumentário do autor, por ser representante de “*interesses metaindividuais e de interesses institucionais*” e com finalidade de aperfeiçoar a matéria decidenda.

O instituto obteve desenvolvimentos evidentes nos incidentes de declaração de inconstitucionalidade, na acção directa de inconstitucionalidade e na acção declaratória de constitucionalidade. E perpassou para o Novo Código de Processo Civil brasileiro a vontade de consagrar expressamente a possibilidade de introduzir em litígios com certas características este terceiro com características especiais. Vejamos a norma introduzida pela reforma de 2015 do CPC brasileiro:

“CAPÍTULO V

provas, e como exemplos da segunda a desistência da acção ou a interposição de um recurso, cfr. JAUERNIG, 2002: 170-172.

⁵⁷ BUENO, 2011: 115.

DO AMICUS CURIAE

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1o A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3o.

§ 2o Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.

§ 3o O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

Que primeiras notas podemos retirar da norma? MIGLIAVACCA, numa anotação ao art. 138.º, relativamente à introdução do *amicus curiae* no processo civil, entrevê uma forma de fazer face aos fenómenos dos litígios em massa e a uma sociedade cada vez mais plural, complexa e que convoca cada vez mais desafios inquietadores⁵⁸. Sente-se, portanto, a necessidade de adaptar o modelo processual à realidade jurídico-sociológica. E esta figura encontra-se inserida sistematicamente no Livro III, dedicado aos Sujeitos do Processo, no Título III da Intervenção de Terceiros, e Capítulo V. Esta solução não é inócua. A opção do legislador brasileiro é clara, o *amicus curiae* é um terceiro, distinto do assistente, cuja participação num dado processo se exige à luz de uma concepção que pretende democratizar o processo e evitar que se cerre liminarmente a entrada a sujeitos que possam contribuir para uma legitimação democrática da

⁵⁸ MIGLIAVACCA, 2015: 147.

decisão⁵⁹. Há como que um “*contraditório cooperativo*”⁶⁰ entre as partes e o *amicus curiae*, que irá aperfeiçoar a realização do direito em concreto, e afinar também o objecto de conhecimento do juiz, ao ceder informações constitutivas do “*interesse institucional*”, que legitima a sua intervenção processual.

Quanto à admissão de *amici curiae*, a norma coloca dois requisitos incontornáveis: a repercussão social da controvérsia e a representatividade adequada por parte deste terceiro. Por um lado, a lide não deve encerrar em si apenas meros interesses das partes que a compõem, deve, pelo contrário, apresentar interesses com intencionalidade meta ou exprocessual, isto é, que a decisão proferida afecte valores e expectativas de uma porção significativa da sociedade ou da sociedade como um todo⁶¹. Quer isto significar que a repercussão social deve preencher dois requisitos cumulativos, a relevância e transcendência da questão, exigências análogas àquelas do art. 1035, § 1º do CPC brasileiro⁶². Por outro lado, tem de ser o representante adequado da porção de interesses que quer trazer à mundividência do juiz do caso concreto, e deve também sustentar a sua participação, alegando as razões e motivos que demonstrem a utilidade e conveniência da sua actuação processual.

A questão dos poderes processuais conferidos aos *amici curiae* não é pacífica. Atendendo ao disposto no art. 138.º CPC brasileiro, os poderes do concreto *amicus curiae* serão definidos pelo magistrado que admitir a sua intervenção, “§ 2o Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.”, o que gera incerteza jurídica quanto ao instituto, contribuindo para uma atmosfera de

⁵⁹ Assim, BUENO, 2011: 116. Também, neste sentido, NUNES, 2013: 173, apelando a uma transmutação de uma *Cúria fechada* para uma *Cúria Ágora*, onde o autor e o réu originários estarão expostos a uma discussão aberta e pública, e à introdução de novos factos por terceiros.

⁶⁰ ZUFELATO, 2013: 119.

⁶¹ NUNES, 2013: 166-167.

⁶² Sobre estas exigências, BAHIA, 2013b: 170-171.

insegurança em torno da sua actuação no processo⁶³. Qual o concreto limite? Pode concentrar em si poderes equivalentes aos da parte? SCARPINELLA BUENO defendia, antes do Novo Código de Processo Civil brasileiro, que o amigo do tribunal deve poder praticar todo e qualquer acto processual que permita atingir a derradeira finalidade da sua intervenção, que é assegurar o aperfeiçoamento e a depuração do momento judicativo-decisório⁶⁴. Ou seja, a solução normativa, em princípio, irá ao encontro deste pensamento, desde que o magistrado dê o seu assentimento. Este caminho conduz o processo civil ao encontro de uma hidra processual, um agente processual que pode conformar o processo, pode praticar actos com os mesmos efeitos daqueles praticados pelas partes, e no entanto não é vinculado pela decisão jurisdicional.

O *amicus curiae*, entendido também como “*instrumento pluralizador de debate*”⁶⁵, poderá concentrar em si vários poderes, desde que o magistrado os conceda, excepto o poder de recorrer de uma decisão⁶⁶. Este poder, no entanto, é concedido aos *amici* pelo legislador nos incidentes de resolução de demandas repetitivas⁶⁷, vocacionados para a resolução da “litigiosidade em

⁶³ Também poderá existir o perigo de se resvalar para um sistema exageradamente casuístico, prejudicando a justiça *como igualdade*, ou seja, quando a decisão do problema jurídico é adequada face ao sistema jurídico no seu todo, na terminologia de FIKENTSCHER, v. CASTANHEIRA NEVES, 2013: 145. Este problema adensar-se-á se se permitir que as convenções processuais ou acordos sobre o procedimento do art. 190.º CPC brasileiro possam incidir sobre os poderes do *amicus curiae*, como propõem RODRIGUES & MENEZES, 2015: 547-549.

⁶⁴ Cfr. BUENO, 2011: 116, “De nada valeria admitir uma tal intervenção, se não lhe fossem reconhecidos correlatos poderes de atuação processual para justificar e atingir a finalidade que a justifique.”

⁶⁵ Expressão muito pertinente de Alexandre BAHIA, 2013a: 267; o mesmo Autor entrevê também no *amicus curiae* a função de protecção de direitos de minorias, dando a estas representatividade adequada, BAHIA, 2016: 192.

⁶⁶ ZUFELATO (2015: 35-37), na esteira de SCARPINELLA BUENO, critica a solução legal, defendendo maiores poderes recursórios para o *amicus curiae* (quanto à decisão que recusa a sua intervenção no processo e quanto à decisão de mérito no processo no qual é admitida a sua presença).

⁶⁷ MIGLIAVACCA (2015: 149) considera pertinente a atribuição de poderes

massa”⁶⁸.

Concluindo este trecho dedicado ao *amicus curiae* no ordenamento jurídico-processual brasileiro, diremos que a tendência doutrinal e jurisprudencial é a de classificar o instituto à figura de um terceiro, distinto do assistente, com poderes processuais abstractamente indefinidos, e que não é necessariamente neutral. Afastou-se, assim, a eventual classificação dos *amici* como auxiliares de Justiça⁶⁹. A sua intervenção no processo pode ainda ser espontânea ou provocada. Mais ainda. Os contributos de SCARPINELLA BUENO, entre outros, precipitaram este ponto de chegada, afastando o *amicus curiae* do legado romano do *consiliarius*, aproximando-o naturalmente do *litigating amicus curiae* norte-americano.

2.3. OS TRABALHOS PREPARATÓRIOS DA REFORMA DE 2013 DO CPC

Na 2ª Comissão de Revisão do Processo Civil, em 2012, houve uma oportunidade única de fazer ingressar o *amicus curiae* na nossa legislação processual. A norma proposta enquadrar-se-ia, tal como no CPC brasileiro de 2015, nas modalidades de intervenção de terceiro, imediatamente a seguir ao artigo dedicado ao instituto da assistência, ou até, numa hipótese alternativa, fundida com esta última. A introdução deste enigmático ente processual não obteve acolhimento, porventura por se estar ciente da entropia processual inerente à sua delimitação, e por se olhar com desconfiança o caso paradigmático norte-americano, ao qual assistimos a uma verdadeira hidra processual.

recursórios aos *amici curiae* em qualquer lide que convoque repercussão social.

⁶⁸ BAHIA, 2013a: 278.

⁶⁹ O Projecto de CPC, que culminou no CPC 2015 brasileiro, sofreu diversas transformações, tendo a Câmara de Deputados reposicionado o *amicus curiae* nos auxiliares de Justiça, retirando-o do Capítulo “Da intervenção de terceiros”. Tal alteração não colheu, e o Novo CPC brasileiro optou por entender a participação do *amicus curiae* num processo como uma modalidade de intervenção de terceiros. Sobre isto, v. BAHIA, 2013a: 275.

Insistimos. Hidra, porque quanto mais se tenta conformá-la e configurá-la, mais ela foge da sua vocação natural. Mais ela tende a consumir poderes processuais destinados às partes. Mais ela tende a ser uma parte, ou uma parte *sui generis*, que usufrui dos mesmo poderes que as partes originárias, por vezes exorbitando-os, mas não estando vinculada pela decisão jurisdicional. Poderão ter sido estas algumas das inquietações e desassossegos que presidiram à rejeição do *amicus curiae* em Portugal. Vejamos a norma:

“DIVISÃO III

ASSISTÊNCIA E AMICUS CURIAE

Artigo 341.º-A

Amicus curiae

1 - O tribunal, considerando a repercussão social da lide e a representatividade do interveniente, se este for pessoa colectiva, poderá solicitar oficiosamente, ou admitir, a todo o tempo, a requerimento das partes, mediante despacho irrecorrível, a intervenção de pessoa humana ou colectiva, no prazo de dez dias, a contar da sua intimação.

2 - A intervenção prevista no número anterior não atribui ao interveniente o estatuto de parte acessória, nem autoriza a interposição de recursos.

3 - A decisão proferida na causa não constitui caso julgado em relação ao interveniente.”⁷⁰

Este segmento normativo, em si, é particularmente claro e bem redigido. Consideramos que dá ao intérprete uma grande margem de segurança, libertando-o de muitas das inevitáveis e inultrapassáveis desconfianças que surgem sempre no momento

⁷⁰ A norma que transcrevemos, e que não foi transposta para o projecto final do CPC 2013, foi da iniciativa pessoal do Senhor Professor Doutor REMÉDIO MARQUES, que muito gentilmente nos cedeu as propostas da sua autoria, e a quem queremos dirigir os mais respeitosos agradecimentos. O nosso Professor de Coimbra apresentou também uma versão alternativa, em que o *amicus curiae* estaria na mesma norma da assistência, embora com idêntica formulação. A numeração corresponderia à existente no CPC antes da Reforma de 2013.

da interpretação. Façamos uma incursão mais reflexiva. Começamos pelo n.º 1 do artigo em consideração.

α) INICIATIVA PROCESSUAL DO *AMICUS CURIAE*

Nas acções em que estejam a ser discutidas temáticas de particular relevância social, que extravasem os meros interesses das partes, ou seja, um conceito indeterminado a ser preenchido pelo jurista julgador de cada caso circunstancialmente balizado, os *amici curiae* poderão ser intervenientes. A cláusula indefinida e imprecisa da “repercussão social da lide” será objecto de estudo em momento posterior.

Ao contrário do art. 138 do CPC 2015 do Brasil ou da *Rule 29* das *Federal Rules of Appellate Procedure*, encontramos uma diferença substancial quanto à introdução daqueles num dado processo. É uma cisão que concretiza um aspecto que, porventura, melhor se coaduna com a teleologia e o espírito do instituto: apenas o Tribunal pode chamá-lo, ou as partes, mediante autorização do magistrado. Não pode ser alguém a pedir a sua própria intervenção como *amicus curiae* num dado processo. Tal não se vislumbra, quer no NCPC brasileiro, quer nas *Federal Rules of Appellate Procedure*, *Rule 29* (a). Deste modo, não consideramos inoportuna uma solução semelhante, neste aspecto, às normas de direito comparado que convocámos.

β) ESTATUTO E PODERES PROCESSUAIS

Parece-nos muito feliz o invólucro no qual o nosso Professor de Coimbra envolveu o *amicus curiae*, chamando-lhe interveniente e afastando uma remota ideia de que possamos estar perante um *litigating amicus curiae* com poderes processuais próximos aos de uma parte. Primeiro, interveniente não no sentido daquele que está expresso no artigo dedicado à intervenção provocada, nem naquele que versa sobre o interveniente

principal espontâneo. Não. Com alguma segurança, e na expressão muito conveniente de LEBRE DE FREITAS, julgamos que estamos perante um “*interveniente accidental*”⁷¹, tal qual uma testemunha ou um perito, no sentido de ser um terceiro em relação aos interesses particulares contrabalançados no litígio. O *amicus curiae* não é parte principal, nem parte acessória. Ou seja, não é parte porque não pede protecção jurídica para si perante o Tribunal nem tão-pouco é contra ele que vê ser pedida essa protecção. Nem sequer é um assistente, porque não participa com intenção de auxiliar um dos pólos da relação jurídica processual, nem de salvaguardar um seu interesse jurídico. O assistente não deve ter o mero interesse da vitória da parte que auxilia. Não. Deve ter um interesse jurídico, e a sua intervenção processual visa atender a esse interesse fundado numa relação jurídica, que poderá ser afectado na sua consistência prática ou económica pela decisão da causa. Atendamos ao seguinte. Ensina-nos ALBERTO DOS REIS que o assistente caracteriza-se, sucintamente, por uma intervenção espontânea, pela intenção de auxiliar uma das partes na causa, e, finalmente, por “*ter interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável à parte que se propõe ajudar*”⁷². Muito menos é um assistente *sui generis*, pois não se entrevêem traços marcantes da assistência na sua intervenção processual. Tem uma intencionalidade problemática própria, como alerta SCARPINELLA BUENO⁷³. E essa intencionalidade própria convocada pelo *amicus curiae* consiste, na impressiva e sucinta caracterização de TROCKER, numa intervenção no interesse da Justiça⁷⁴. Na esteira de REMÉDIO MARQUES, estamos perante uma figura que visa “ajudar o Tribunal

⁷¹ LEBRE DE FREITAS, 2013: 73.

⁷² ALBERTO DOS REIS, 2012: 466.

⁷³ BUENO, 2011: 115.

⁷⁴ Uma “*«intervento nell interesse della giustizia»*”, TROCKER, 1989: 134. PASSO CABRAL (2004: 19) fala numa actuação pela qual se procura “*permitir a participação política por meio do processo*”. Já POELZIG (2012: 514) afirma que o *amicus curiae* faz uma declaração ao Tribunal sobre um assunto do processo, não propriamente no interesse da justiça, mas no lato interesse geral.

no esclarecimento dos factos (máxime, se forem complexos) e na interpretação e aplicação dos princípios e regras jurídicas, auxiliando-o, por conseguinte, em questões técnico-jurídicas”, e que “colabora em questões de relevância social, ajudando o Tribunal na tarefa de interpretar o Direito para a sua aplicação no caso concreto”⁷⁵. Daí que seja desinvestido de poderes de conformação do processo, limitando-se a sua intervenção a uma manifestação escrita, ou oral, caso o Tribunal autorize. Daí que o nº 3 determinasse que a decisão proferida na causa não submetia o *amicus curiae* “à eficácia e autoridade da sentença”⁷⁶, ao contrário do que sucede com o assistente (art. 328º CPC).

γ) SÍNTESE REFLEXIVA

A norma proposta por REMÉDIO MARQUES reflecte uma das características essenciais do *consiliarius* romano, isto é, quanto à introdução processual do *amicus curiae*, este nunca poderá ingressar na lide por sua própria iniciativa, ao contrário do seu antecedente no direito anglo-saxónico medieval, que poderia intervir no processo, por sua iniciativa, mediante autorização do magistrado.

Por outro lado, a imparcialidade não é um requisito de admissibilidade dos *amici curiae*, ao invés da figura romana, que teria de demonstrar uma neutralidade impassível. Pela configuração da norma, não podemos entrever que a imparcialidade seja um requisito, pelo que serão admissíveis *private party amici curiae*, desde que actuem no interesse da Justiça. Deste modo, parece-nos que, seguindo a tese de REMÉDIO MARQUES, que deixa a porta entreaberta aos *amici* parciais, ao concretizar que “este interveniente terá, por via de regra, interesse no desfecho favorável da lide em relação a uma das partes”⁷⁷, o *amicus*

⁷⁵ REMÉDIO MARQUES, 2012.

⁷⁶ ALBERTO DOS REIS, 2012: 478.

⁷⁷ REMÉDIO MARQUES, 2012.

curiae não estará sujeito ao regime dos impedimentos e suspeições dos juizes, como estão os peritos, art. 470.º, n.º 1, que remete para os arts. 115.º e ss e 119.º e ss, e os técnicos que intervem por iniciativa judicial⁷⁸, como está plasmado no art. 601.º, n.º 2, todos do CPC português. Podemos concluir com CRISCUOLI, “*L’amicus: (a) cannot take upon himself the management of the suit: non há, cioè, poteri di iniziativa processuale; (b) «is not bound by the resulting judgement»: non è vincolato dal giudizio della Corte; (C) «cannot appeal»: non può appellarsi*”⁷⁹.

3. PREDIÇÃO OU SIBILISMO: UMA SOLUÇÃO NORMATIVA DE IURE CONDENDO

Há tendências no processo civil que são imparáveis. A figura indecifrável do *amicus curiae*, cujos contornos processuais estarão em constante densificação até se encontrar um ponto de imperturbável equilíbrio, encontra espaço para se afirmar no ordenamento jurídico-processual português. Ainda mais quando o processo civil deixa progressivamente de ser enquadrado sob a égide de uma concepção puramente duelística e liberal. Hoje, o processo civil não é “*uma «coisa» apenas das partes*”⁸⁰, o processo reflecte também interesses públicos.

Fizemos referência anteriormente a um conjunto de litígios em que, necessariamente, o modelo processual português deve permitir a entrada de um participante processual sob as

⁷⁸ Poderíamos projectar um arquétipo análogo ao proposto por Maria José CAPELO para o técnico, com as necessárias adaptações. Os *amici curiae* que entrassem no processo via partes poderiam não estar sujeitos a esses impedimentos e suspeições, mas os que fossem chamados pelo magistrado, poderiam ser vinculados pelos regimes dos impedimentos e suspeições pensados para o juiz. Ainda assim, pensamos que é preferível submeter todos ao mesmo controlo. Sobre a vinculação do técnico ao regime dos impedimentos e suspeições, v. CAPELO, 2013: 1066.

⁷⁹ CRISCUOLI, 1973: 194.

⁸⁰ Muito impressivamente por Miguel MESQUITA, 2013: 134.

vestes de *amigo do tribunal*⁸¹. A Comissão Europeia pode submeter documentos escritos ao Tribunal Nacional do Estado-Membro, por sua própria iniciativa, relativamente a questões relacionadas com a aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, mas não lhe é permitido fazer alegações orais sem autorização do Tribunal. Mas, fora este caso excepcional, e outros que eventualmente decorram de convenções internacionais, o modelo processual português não prevê participações processuais a título de *amicus curiae*⁸². O nosso CPC não prevê expressamente a figura, e só marginalmente poderão ocorrer casos que possibilitem a introdução de *amici curiae* no processo⁸³.

A normatividade jurídico-processual portuguesa demonstra alguma maleabilidade para poder aceitar este instituto, e há contributos jurisprudenciais incontáveis e inestimáveis no sentido de construir um segmento normativo que permita a sua introdução num dado processo. Vejamos, ainda na linha deste pensamento, o art 672.º, nº 1, als. a) e b) do CPC português.

⁸¹ Cfr. Nota 33.

⁸² É de relevar, no entanto, que o texto constitucional do processo civil moderno, os *Principles of Transnational Civil Procedure*, prevê no seu Princípio 13 a participação de *amici curiae*, mas os tribunais só aceitarão os seus contributos se assim o desejarem, Princípio 13-B. Documento disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf> (consultado em 10-04-2016).

⁸³ E a convocação daqueles poderá dar-se ao abrigo do art. 6.º CPC, devendo o juiz ordenar de ofício as diligências necessárias à justa composição do litígio em prazo razoável, com respeito pela natural proibição da prática de actos processuais inúteis, art. 130.º CPC. Assim também parece ser o entendimento de PALCHETTI (2000: 978-979), mas em relação ao Tribunal Internacional de Justiça, podendo o Tribunal fundar o seu convencimento em elementos diversos daqueles indicados pelas partes, permitindo a vinda ao processo de *amici curiae*, ao abrigo de um *poder inquisitorial*. Tal vinda poderá contender com o objecto do processo, pelo que gestão processual compreendida pelo juiz será na sua vertente material. Sobre a *materielle Prozessleitung*, v. MESQUITA, 2015: 88, 94 e ss. Em sentido contrário, parece-nos ASTA (2015: 501). Embora referindo-se a procedimentos consultivos perante jurisdições internacionais, acentua que o *amicus curiae*, ao trazer as suas observações, não terá poderes de influenciar o objecto da questão examinada pelo Tribunal. Não terá o magistrado, também de acordo com ASTA, de motivar a escolha de considerar ou não as observações recebidas.

Muito concisamente, diremos que em caso de dupla conforme, ou seja, no caso de um acórdão do Tribunal da Relação, por unanimidade e sem fundamentação essencialmente diferente, confirmar a decisão do Tribunal de 1ª instância, em princípio estará vedado o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça. No entanto, pode lançar-se mão do recurso de revista excepcional, tendo o requerente da impugnação o ónus de demonstrar com êxito alguma das excepções previstas no art. 672.º, n.º 1, als. a), al. b) ou al. c). As alíneas a) e b) apresentam conceitos gerais e indeterminados que suscitam uma conexão íntima com o *amicus curiae* e a forma como é configurado no direito comparado. Assim, a alínea a), referente à relevância jurídica da questão, correlaciona-se com uma noção de interesse geral da boa aplicação do direito, pelo que o recurso de revista excepcional para o Supremo Tribunal de Justiça é mais do que conveniente e oportuno. A alínea b) alude a “interesses de particular relevância social”, um pressuposto autónomo de admissibilidade de recurso de revista excepcional ligado sobretudo a questões que possam entrar em colisão com valores sociais e culturais dominantes, ou que possam gerar inquietação social e provocar intranquilidade num certo sector da sociedade. Estamos, *prima facie*, perante situações em que a intervenção de um auxiliar imparcial seria conveniente, com intuito de sensibilizar o julgador para realidades longe do foro judiciário. A introdução de *amici curiae* em processos que compreendam questões de grande relevância social pode depurar ainda mais a justeza material da decisão. Mas não podemos concordar quando se afirma peremptoriamente que este colaborador do juiz, na verdade, é um representante de interesses institucionais, na tese de SCARPINELLA BUENO, difundidos na sociedade e no Estado, e que são afectados colateralmente pelo momento judicativo-decisório. Não. Da actuação do *amicus curiae* é que podem resultar efeitos reflexos na esfera desses interesses. Não é inócuo o que acabamos de constatar. Esses interesses não entram na nossa discursividade como um

prius, mas sim como um *posterius* em relação à participação processual daquele.

Diremos mais, antes de ponderarmos as cláusulas de relevância social e jurídica como critérios de admissibilidade deste participante do processo. Façamos um percurso passageiro pelo direito comparado. Os legisladores processuais do Brasil e de Itália tiveram a preocupação de prever um capítulo autônomo, nas respectivas codificações processuais, um conjunto de auxiliares coadjuvantes do magistrado, que colaboram em tarefas laterais às competências reservadas ao juiz, incluindo-se nestas últimas a condução procedimental do processo e o momento judicativo-decisório propriamente dito. E são tarefas que aperfeiçoam a conduta do magistrado perante o processo. Assim, o *Codice di Procedura Civile* faz previsão daqueles desde o art. 57.º até art. 68.º, enquanto o Código de Processo Civil brasileiro coloca os “auxiliares de justiça” a partir do art. 149.º. Neles se incluem diversos protagonistas, que exercem funções variadas e distintas entre si. Vejamos o catálogo de auxiliares do magistrado no *Codice di Procedura Civile*. O *cancelliere* e o *ufficiale giudiziario* surgem em primeira linha, arts. 57.º a 60.º, seguido do *consulente tecnico*⁸⁴, o depositário, e, por fim, outros quaisquer auxiliares que possam eventualmente assistir na execução de tarefas dos outros auxiliares tipificados, art. 68.º. No Código de Processo Civil brasileiro, a lista é mais exaustiva, prevendo-se, entre muitos outros, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o intérprete, o tradutor ou o mediador, no art. 149.º. *De iure condendo*, consideramos proveitoso a inserção de um capítulo dos auxiliares de justiça no Código de Processo Civil, e se eventualmente se ponderasse a introdução do *amicus curiae*, esta devia ser feita nesse mesmo capítulo. Isto, porque entendemos que o *amicus curiae* é apenas mais um auxiliar de

⁸⁴ O *consulente tecnico* italiano afasta as dúvidas que existem no nosso ordenamento jurídico na delimitação precisa entre perito e técnico, sobre este assunto, v. CAPELO, 2013: 1052-1055.

justiça⁸⁵, com uma intencionalidade própria, que será convocado pelo magistrado, ou autorizado por este a participar num processo, quando se reúnam cumulativamente dois aspectos essenciais: (i) haja uma questão suscitada no processo de manifesta repercussão social ou de inequívoca relevância jurídica (ii) haja expectativa fundada de que a participação do *amicus* no processo contribua para a justeza material da decisão, através de um enquadramento sócio-cultural da questão, alertando o tribunal para uma diversidade de realidades que devem ser reflectidas intraprocessualmente⁸⁶.

É mais um “*interveniente accidental*”, expressão de LEBRE DE FREITAS a que já nos referimos anteriormente⁸⁷, e que entendemos conveniente que seja convocada para caracterizar este instituto. Mais impressivamente, é uma “*mera figura*

⁸⁵ Entendemos que a *ratio* da participação do *amicus curiae* é o auxílio ao magistrado, e a sua entrada no processo se dá no *interesse substancialmente exclusivo* do Tribunal. Fazendo alusão a esta doutrina, ASTA, 2015: 500, chegando a afirmar que a figura se enquadra numa lógica de tipo auxiliar (2015: 502), embora admita a existência de *amicus curiae* atípicos ou *privilegiados*, que teriam direito de participação processual. Assim também nos parece a posição de LE MASSON (1998: 28), quando se refere a um “*convite a uma personalidade para (v)ir à audiência dar o seu ponto de vista sobre uma questão qualquer e fornecer todas as observações próprias a esclarecer o juiz na sua procura de uma solução para o litígio*”. Ainda segundo o Autor, o chamamento de um *amicus curiae* é uma das modalidades, mecanismos, ao serviço do julgador, de forma a *alcançar uma informação objectiva e equilibrada*. Também assim GUINCHARD & CHAINAIS & FERRAND (2010: 439), que classificam o *amicus curiae* como *simples técnica de informação à disposição do magistrado judicial*, concorrendo para a ideia de auxiliar de justiça. CORNU também coloca a figura como um auxiliar do juiz, esclarecendo-o durante a audiência de julgamento, ver CANIVET, 2012: 91. Sobre as outras acepções, v. CANIVET, 2012: 88-89, podendo ser um consultor de direito comparado sobre temáticas fracturantes da sociedade, ou ainda aquele que vem trazer ao processo um determinado ponto de vista. Também sobre esta plasticidade, FRISON-ROCHE, 2012: 91.

⁸⁶ No sentido de que a participação do *amicus curiae* abre perspectivas gerais sobre uma disputa entre partes, que é naturalmente concreta, “*Somit geht der Kern eines amicus curiae-Schriftsatzes geradezu dahin, eine perspektive auf den rechtsstreit zu eröffnen, die allgemeiner und abstrakter als der konkrete Rechtsstreit unter den Parteien ist*”, MAULTZSCH, 2010: 422.

⁸⁷ V. Nota 71.

secundária na lide”⁸⁸, que assume “*uma função meramente auxiliar da actividade judicial*”⁸⁹ para as questões de relevância social ou de relevância jurídica, como temos vindo a firmar, sendo neste último caso um autêntico *amicus iuris*. Mais. Entendemos, também, que o *amicus curiae* deve estar sujeito aos regimes dos impedimentos e das suspeições pensados para os juízes, art. 115 e ss e art. 119 e ss do CPC, pois este halo de imparcialidade, em relação às partes que estão no processo, é que contribuirá para uma intervenção no interesse da justiça⁹⁰. O *amicus curiae* é amigo do tribunal, não é amigo de uma das partes. A imparcialidade é fulcral para não turvar a sua participação no processo⁹¹.

⁸⁸ Expressão de Maria José CAPELO (2013: 1051), ainda que pensada para o técnico, mas que pode ser mobilizada para a caracterização dos *amici curiae*.

⁸⁹ Caracterização novamente ponderada para o técnico, mas que se enquadra perfeitamente com a essência do *amicus curiae*, v. CAPELO, 2015: 333.

⁹⁰ E, repare-se, o *amicus curiae* reunirá a *imparcialidade (condição de não-parte, terzieta ou Unparteilichkeit)* e, a nosso ver, imparcialidade. Ou seja, o *amicus curiae* será um terceiro, não no sentido de intervenção de terceiros, mas colocado numa posição alheada das relações jurídicas litigiosas (*imparcialidade ou independência funcional*). E deverá ser imparcial, mostrando um desinteresse subjectivo em relação a uma das partes *vencer o duelo processual (independência pessoal)*. Estes dois conceitos nem sempre coincidem, pois “o tomar parte sobre um interesse material não gera forçosamente a parcialidade”. Sobre a distinção entre imparcialidade e imparcialidade, v. PASSO CABRAL, 2007: 345-352. Referindo-se também à noção de *imparcialidade*, IGREJA MATOS, 2007: 89 (nota 4) e 96.

⁹¹ No Acórdão do STJ de 20 de Fevereiro de 2013, relatado por MAIA COSTA, apela-se a esta mesma ideia de neutralidade do *amicus curiae*. No que respeita ao parecer emitido pelo Ministério Público, exigido pelo art. 440.º, n.º1 CPP, o MP “não tem interesse num certo resultado, mas apenas na boa administração da justiça. Ele intervéem numa posição de neutralidade, como *amicus curiae*”. Semelhante ideia parece-nos surgir com CORREIA DE MENDONÇA (1997: 1197), que exalta a indispensabilidade dos advogados, ao referir-se ao processo eminentemente liberal, no qual o juiz é desinteressado e inerte. O Autor aduz, assim, que dos advogados não se poderia esperar um papel igual aos dos *amici curiae*, pelo que se pode inferir que a estes CORREIA DE MENDONÇA atribui uma função neutral. Também FERRARIS (2012: 91) apõe o critério do desinteresse. Os tribunais arbitrais nos casos Suez/Vivendi v. Argentina e Suez/Interaguas v. Argentina entenderam também que a imparcialidade (independência) é indispensável, bem como o potencial auxílio ao momento decisório, v. SIMÕES, 2017: 199. Afastando o critério da imparcialidade, e acentuando a ideia de *aportação* de outras posições (extra-processuais), interesses e específicas visões de

Uma última nota antes de dilucidar os fundamentos da sua participação num processo. No procedimento que desencadeia a escolha de chamar um *amicus curiae* ao processo, o juiz deverá anteriormente ouvir as partes (cfr. n.º 3 do art. 3.º do CPC). A colaboração entre o magistrado e as partes deve efectivar-se em todos os momentos processuais, ainda mais numa decisão tão sensível, pensamos, como a de convocar um *amicus curiae*⁹².

3.1. A CLÁUSULA DOS "INTERESSES DE RELEVÂNCIA SOCIAL"

Um dos critérios de admissibilidade do *amicus* deve passar sempre pela evidente repercussão social da lide⁹³. O Supremo Tribunal de Justiça, em virtude de ter de apreciar a aceitação de recursos de revista excepcional, art. 672.º CPC, tem-se pronunciado diversas vezes sobre as indeterminações que o conceito de “interesses de particular relevância social” convoca. Num Acórdão de apreciação liminar de recurso de revista excepcional, relatado por SILVA SALAZAR⁹⁴, entendeu-se que “para efeitos do disposto no art. 721.º-A, n.º 1, al. b), do CPC, se exige que a questão possa entrar em colisão com valores sócio-culturais dominantes que a devam orientar e cuja eventual ofensa possa suscitar alarme social determinante de profundos sentimentos de inquietação, que minem a tranquilidade de uma

colectividades, mas no *interesse da justiça*, MALAGUTI, 2010: 14.

⁹² Também assim RODRIGUES & MENEZES, 2015: 547, embora os autores considerem que a figura deve ser um verdadeiro sujeito processual, com poderes de conformação sobre a tramitação do processo, e não um simples auxiliar do juiz (p. 535).

⁹³ Referindo-se ao “interesse geral” como cláusula de admissibilidade do *amicus curiae*, PASSO CABRAL, 2004: 35. FRISON-ROCHE (2012: 92) admite a intervenção daquele em casos que o juiz entreveja que o seu acto decisório final pode ter repercussão geral em casos análogos futuros.

⁹⁴ Revista excepcional n.º 1352/08.0TYLSB-L1.S1, disponível em:

<http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/revistaexcepcional/revistaexcepcional2014.pdf> (consultado em 2-4-2016), pp. 3-4 (consultado em 2-3-2016).

generalidade de pessoas, situações em que, nomeadamente, fique posta em causa a eficácia do direito e a sua credibilidade por se tratar de casos em que há um invulgar impacto na situação da vida que a norma ou as normas jurídicas em apreço visem regular, ou em que exista um interesse comunitário que, pela sua peculiar importância, pudesse levar, por si só, à admissão da revista por os interesses em jogo ultrapassarem significativamente os limites do caso concreto, como sejam acções cujo objecto respeite a cláusulas contratuais gerais conexas com direitos do consumidor ou a interesses difusos ligados ao ambiente, à ecologia, à qualidade de vida, à saúde ou ao património histórico e cultural, quando associados a questões inseridas na competência dos tribunais judiciais ou ainda os envolvidos em litígios de direito privado em que se discutam interesses importantes da comunidade”. É uma descrição que sufragamos por inteiro, excepcionalmente esclarecedora, e que faz ressaltar duas exigências já mencionadas: a transcendência da questão em discussão, e o impacto que a decisão jurisdicional pode ter em pedaços da comunidade geral. Ainda sobre este entendimento, o Supremo Tribunal de Justiça, noutra ocasião, teve oportunidade de avançar que “o requisito «interesses de particular relevância social» – art. 672.º, n.º 1, al. b), do NCPC (2013) – tem implícita a aplicação de norma ou instituto jurídico susceptível de interferir com a segurança, a tranquilidade ou a paz social, em termos de poder descredibilizar as instituições ou a aplicação do direito”⁹⁵. Ou seja, diremos que, movendo-nos no tema que estudamos, sem a intervenção dos *amici curiae* nestes litígios, os próprios órgãos jurisdicionais poderão descredibilizar-se, se não atenderem às informações paraprocessuais valiosas daqueles. Concretizando mais ainda. São exemplos de interesses de particular relevância social a questão da contagem do prazo indicado no art. 1817.º,

⁹⁵ Revista excepcional n.º 1688/10.0TBM CN.P1, Acórdão de apreciação preliminar de 11-02-2015, relator NUNO CAMEIRA, disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/revistaexcepcional/revistaexcepcional2015.pdf> (consultado em 2-3-2016).

n.º 1, do Código Civil, relativa ao estabelecimento de filiação⁹⁶, e a questão de saber se familiares biológicos de um menor adoptado têm legitimidade para instaurar incidente de revisão de sentença de adopção de menor⁹⁷. Será ainda, no nosso entender, interesse de particular relevância social a questão da proibição ou permissão de instalação da actividade de alojamento local em fracções autónomas destinadas a habitação no título constitutivo da propriedade horizontal⁹⁸.

3.2. O CRITÉRIO DA “RELEVÂNCIA JURÍDICA”

O último critério que consideramos conveniente para introduzir um *amicus curiae* num dado processo é o critério da relevância jurídica suscitada numa causa. Novamente, apoiamos no art. 672.º, n.º 1 do CPC, mas desta feita na sua al. a), e na vasta jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, que nos orienta por este intrépido percurso. Na verdade, não

⁹⁶ Assim, entendeu o STJ, Revista excepcional n.º 1292/09.5TBVVD.G1.S1, Acórdão de apreciação preliminar de 25-06-2015, relatado por MOREIRA ALVES. De acordo com o art. 1817.º, n.º 1, do CC, a acção de investigação de maternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigador ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação, pelo que estamos perante uma situação de indiscutível relevância para toda a sociedade.

⁹⁷ Revista excepcional n.º 5928/12.2TBLRA-C.C1.S1, Acórdão de apreciação preliminar de 09-07-2015, relatado por ALVES VELHO, no qual se faz alusão a uma “repercussão fora dos limites da causa”.

⁹⁸ Esta questão é também dotada de relevância jurídica, podendo, como veremos já de seguida, dar entrada a *amicus iuris* na discussão do processo. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20/10/2016, relatado por ILÍDIO SACARRÃO MARTINS, considerou-se que o alojamento local numa fracção autónoma consubstanciaria um fim diverso nos termos do art. 1422.º, n.º 2, al. c), CC, se no título constitutivo essa fracção fosse destinada a habitação. No mesmo sentido pronunciou-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27-4-2017, relatado por ANA LUCINDA CABRAL. Em sentido contrário, afirmando expressamente que o alojamento local numa fracção respeita o conteúdo do título constitutivo da propriedade horizontal onde consta que essa fracção se destina a habitação, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28-3-2017, relatado por SALRETA PEREIRA. Também assim, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-9-2016, relatado por ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA.

vislumbramos inconvenientes, no direito a constituir, em consagrar um genuíno *amicus iuris*, ou seja, um participante processual, ainda auxiliar do magistrado, que em questões de grande complexidade jurídica, que suscitem divergências profundas na doutrina ou noutros estratos, colabora com o juiz no sentido de alertar para as correntes existentes, ajudando ainda eventualmente na tarefa de interpretação do Direito para a sua realização em concreto⁹⁹. Auxilia, assim, também em questões técnico-jurídicas. O Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se diversas vezes sobre este conceito indeterminado, ou por densificar, que é a “relevância jurídica”. Qual tem sido a sua linha de orientação? A relevância jurídica verifica-se “quando se está perante questão em debate na doutrina e na jurisprudência, ou que se tem colocado, ou possa vir a colocar com frequência nos tribunais, sem haver ainda linhas ou correntes jurisprudenciais firmadas”¹⁰⁰. É ainda entendido que para efeitos do pressuposto da relevância jurídica do art. 672.º, n.º 1, al. a) do CPC, “a relevância da questão, para além da complexidade ou novidade e das divergências doutrinárias e/ou jurisprudenciais, deve necessariamente extravasar as fronteiras do concreto processo em que é suscitada e das partes nele envolvidas, interessando à sociedade ou a um grupo relevante”¹⁰¹. Ainda mais impressivamente, a relevância jurídica de uma questão manifesta-se “pelo elevado grau de complexidade que apresenta, pela controvérsia que gera na doutrina e/ou jurisprudência ou ainda quando, não se

⁹⁹ MALAGUTI (2010: 9 e 14) não entrevê aporias a esta configuração do *amicus curiae* no contexto da arbitragem comercial internacional, de forma a ultrapassar uma aplicação economicista do direito do investimento. No entanto, a autora põe a tónica da participação do *amicus curiae* na representação de um interesse público, tratando a figura como uma *non-disputing party*. TEGA, 2015: 13-14, também parece acolher esta possibilidade. GUINCHARD & CHANAIS & FERRAND (2010: 439) referem-se também à aportação de elementos de direito pelo *amicus curiae*.

¹⁰⁰ Revista excepcional n.º 215/13.1TVLSB.L1.S1, Acórdão de apreciação preliminar de 29-09-2015, relatado por BETTENCOURT DE FARIA.

¹⁰¹ Revista excepcional n.º 2368/13.0T2AVR.P1.S1, Acórdão de apreciação preliminar de 27-10-2015, relatado por ALVES VELHO.

revelando de natureza simples, se revista de ineditismo ou novidade que aconselhem a respectiva apreciação pelo STJ, com vista à obtenção de decisão susceptível de contribuir para formação de uma orientação jurisprudencial, tendo em vista, tanto quanto possível, a consecução da sua tarefa uniformizadora”¹⁰². Assim, tem-se compreendido que a responsabilidade civil das empresas que fornecem serviços de *Internet* é de manifesta relevância jurídica, “pela novidade, pela frequência e pela importância que hoje reveste a utilização dos respectivos serviços”¹⁰³. Mais. O regime jurídico dos contratos de *swap* carece, porventura, de uma melhor definição, e tange princípios e normas de diversos ramos jurídicos, como o direito constitucional, direito comercial ou ainda o direito bancário¹⁰⁴. A classificação do contrato de instalação de loja em centro comercial está envolta também em incerteza doutrinal e jurisprudencial, assim como a delimitação precisa do regime da concorrência e do abuso de direito entre lojas¹⁰⁵. Em processos onde fossem suscitadas estes temas jurídicos controversos, defendemos que seria oportuno a participação de *amici iuris*, para que auxiliassem o julgador, se este entendesse imprescindível, e fornecessem elementos técnico-jurídicos determinantes para a realização do direito em concreto¹⁰⁶. Poder-se-á pensar que, seguindo esta via, se regressará

¹⁰² Revista excepcional n.º 1380/13.3T2AVR.C1.P1, Acórdão de apreciação preliminar de 11-02-2015, relatado por ALVES VELHO.

¹⁰³ Revista excepcional n.º 1086/10.5TVPRT.L1.S1, Acórdão de apreciação preliminar de 19-11-2015, relatado por BETTENCOURT DE FARIA.

¹⁰⁴ Revista excepcional n.º 1880/10.7TVLSB.L1.S1, Acórdão de apreciação preliminar de 12-03-2015, relatado por NUNO CAMEIRA.

¹⁰⁵ Revista excepcional n.º 2277/10.4TVLSB.L1.S1, Acórdão de apreciação preliminar de 17-09-2015, relatado por JOÃO BERNARDO, afirmando-se que estas são precisamente questões de inequívoca relevância jurídica.

¹⁰⁶ Tal como previsto no § 2.º do art. 6.º do Decreto 6.142 de 10.03.1876, no Direito Imperial Brasileiro, que fixava taxativamente *amici curiae* (Ordem dos Advogados, Tribunais de Comércio e os jurisconsultos de melhor nota) para o Supremo Tribunal de Justiça, que auxiliassem o Tribunal na *interpretação de leis de relevante conteúdo*, v. DIDIER JR. & SOUZA, 2013: 413.

a uma velada *opinio communis doctorum*¹⁰⁷ e à máxima *iudex debet iudicare secundum communem opinionem doctorum*¹⁰⁸. Mas não é essa, seguramente, a nossa pretensão. O princípio *iura novit curia*¹⁰⁹ permaneceria, evidentemente, resguardado. É o juiz que conhece o direito, não podendo estar sujeito às considerações ou qualificações jurídicas de um *amicus curiae*. O tribunal continuaria, assim, a exercer o seu poder de livre aplicação das regras de direito, liberto de qualquer amarra daquele auxiliar.

4. CONCLUSÕES

Julgamos ter demonstrado, ao longo deste estudo, o perfil ambíguo do *amicus curiae*. Se no Direito Romano assumia as vestes de um assessor neutral do magistrado, que só ingressava no processo mediante convocação do julgador, no direito inglês medieval a sua participação poderia resultar da sua própria iniciativa. Mais tarde, sobretudo no direito norte-americano, surgem *amici curiae* parciais, que através do processo fazem valer interesses próprios, ora avocando para si poderes que o igualam processualmente às partes, ora tendo uma intervenção no processo mais modesta.

A introdução do art. 138.º no NCPC brasileiro veio trazer mais dúvidas, no que respeita aos poderes a atribuir ao *amicus curiae*, mas concebê-lo como um mero auxiliar do juiz em litígios com repercussão social é uma realidade distante e afastada. Prevaleceu a experiência norte-americana em sede do direito

¹⁰⁷ A “opinião comum”, correspondente num primeiro momento ao entendimento maioritariamente difundido numa sociedade, transformou-se posteriormente nos pareceres de reputados doutores com estatuto inabalável, cfr. ALMEIDA COSTA, 2012: 270-272. O *amicus iuris* seria, neste caso, um instrumento jurisprudencial nos casos juridicamente controversos, à semelhança da *opinio communis*. A ideia de que “a coincidência de muitos doutores na «interpretação de uma lei» acaba por criar «certeza humana»”, v. REIS MARQUES, 2009: 64.

¹⁰⁸ REIS MARQUES, 2009: 62.

¹⁰⁹ Plasmado no art. 5.º, n.º 3 do CPC, sobre a radicação constitucional deste princípio, v. LEBRE DE FREITAS & Isabel ALEXANDRE, 2014: 18-19.

processual brasileiro. O *amicus* vem ao processo defender interesses dispersos na sociedade, dos quais ele é representante, podendo identificar-se com uma das partes num dado processo.

Nos trabalhos preparatórios da Reforma de 2013 do CPC português, a proposta de introdução do *amicus curiae* por parte do Senhor Professor Doutor REMÉDIO MARQUES não obteve acolhimento, embora consideremos que, longe de um “*dogmatismo agrilhoante*”¹¹⁰, ou ainda de uma (in)evitável dissolução no tempo, o debate doutrinal sobre esta figura surgirá. E poder-se-á conjecturar a sua introdução num processo dotado de transcendência em relação aos interesses das partes, cujas questões em discussão se repercutam para além desse mesmo processo. Ou ainda quando esteja em causa matérias de relevância jurídica que originem controvérsia na comunidade jurídica, assumindo-se como um *amicus iuris*.

Estamos inelutavelmente votados a um regresso ao ponto de partida. O *amicus curiae* não pode ser entendido como uma panaceia, que combaterá todos os males do processo¹¹¹. Ele ainda é o enigma que a Esfinge de Tebas proferiu, faltando saber se a doutrina está em posição de decifrá-lo, como Édipo conseguiu. Certo é que se não o fizer, a Justiça deixa de estar quieta, e como KAFKA prenuncia, “*a balança oscila e, nesse caso, não é possível haver uma sentença justa*”.



BIBLIOGRAFIA

¹¹⁰ Expressão de BRONZE, 1975: 2.

¹¹¹ Ou, muito impressivamente, o *amicus curiae* pode mostrar-se um transtorno processual, trazendo “*informações desnecessárias ou até inverídicas, movido mesmo por interesses meramente econômicos de duvidosa idoneidade*”, tal como das sandálias do deus grego Hermes não resultavam somente informações pertinentes, PASSO CABRAL, 2004: 39. De acordo com o Autor, caberá ao juiz discernir a bondade das contribuições processuais do *amicus*.

- ALBERTO DOS REIS, José 2012 *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, 3ª edição, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de 2012 *História do Direito Português*, colab. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, 5ª edição, revista e actualizada, Coimbra, Almedina.
- ANDERSON, Helen A. 2015 «Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae», *University of Richmond Law Review*, vol. 49, pp. 361-416.
- ASTA, Gabriele 2015 «La partecipazione al procedimenti consultivi davanti alle giurisdizioni internazionali: un'ipotesi di graduazione», *Ordine internazionale e diritti umani*, pp. 475-503.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco 2013a «O Crescimento do Papel do Amicus Curiae no Novo CPC: Perspectivas sobre a Jurisprudência Actual do STF», *In: Novas Tendências do Processo Civil sobre o projecto do novo código de processo civil*, vol. 1, Salvador, JusPODVIM, pp. 263-284.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco 2013b «Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do amicus curiae», *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 5 (2), Julho/Dezembro, pp. 169-177.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco 2016 «A figura do “Amicus Curiae” como um instrumento de participação de minorias na jurisdição constitucional brasileira», in *Separação de poderes, democracia e constitucionalismo*, Anais do II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, vol. 1, pp. 179-193.
- BANNER, Stuart 2003 «The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and their Friends, 1790-1890», *Constitutional Commentary*, University of Minnesota Law

- School, vol. 20, Issue 1, Spring, pp. 111-130.
- BOUVIER, John 1897 *Bouvier's Law Dictionary*, vol. I, Boston, The Boston Book Company.
- BRONZE, Fernando José 1975 «Continentalização do Direito Inglês ou Insularização do Direito Continental?», *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Suplemento 22, pp. 1-234.
- BRONZE, Fernando José 1994 *A metodonomia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra, Coimbra Editora.
- BUENO, Cassio Scarpinella 2011 «Amicus Curiae no Projecto de novo Código de Processo Civil», *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 48, n.º 190 Abril/Junho, pp. 111-121.
- CAPELO, Maria José 2013 «A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil», *Separata em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1045-1067.
- CAPELO, Maria José 2013/2015 «As verificações não judiciais qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial?», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, A. 144, nº 3992, pp. 330-340.
- CANIVET, Guy 2012 «Experts et procédure: l'*amicus curiae*», *Revue de droit d'Assas*, octobre, pp. 88-91.
- CASTANHEIRA NEVES, A. 2013 *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, 1ª ed., Reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- CAVALLONE, Bruno 1991 *Il giudice e la prova nel processo civile*, CEDAM, Padova.
- CORREIA DE MENDONÇA, Luís 1997 «José Alberto dos Reis: os primeiros anos de reacção contra o processo civil de inspiração individualista e liberal», *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, a. 57, III, Lisboa, pp. 1187-

1222.

- CHROUST, Anton-Hermann 1955«Legal Profession in Ancient Imperial Rome», *Notre Dame Law Review*, vol. XXX, n. 4, pp. 521-616.
- CREMA, Luigi 2012*Tracking the origins and testing the fairness of the instruments of fairness: Amici Curiae in international litigation*, Jean Monnet Working Paper n.º 9, NYU School of Law, New York, pp. 1-58.
- CRISCUOLI, Giovanni 1973«Amicus Curiae», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, Anno XVII, pp. 187-216.
- DIDIER JR., Fredie & SOUZA, Marcus Seixas 2013«Formulação do precedente e amicus curiae no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876», *Revista de Processo*, ano 38, vol. 220, junho, pp. 407-421.
- FERRARIS, F. 2012«Expert testimony in the Italian judicial system: characteristics, questins and comparative views», in *Truth and Efficiency in Civil Litigation: Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative Context*, editors RHEE, C. H. van & UZELAC, A., Intersentia, Cambridge, pp. 81-95.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de 1995«Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», *O Novo Código de Processo Penal / Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne 2012«Experts et procédure: l'amicus curiae», *Revue de droit d'Assas*, octobre, pp. 91-94.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso 2004*Cuerpo Del Derecho Civil Romano*, Tomo VI: Novelas, Edictos y Constituciones del Emperador Justiniano, Lex Nova, 1ª edição.
- GOROD, Brianne J. 2011«The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding», *Duke Law Journal*, vol. 61, n.º 1, pp.1-79.

- GUINCHARD, Serge & CHAINAIS, Cécile & FERRAND, Frédérique 2010 *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30.^e édition, Paris, Dalloz.
- HAZARD, Geoffrey C. & TARUFFO, Michele 1993 *American civil procedure: an introduction*, New Haven, London, Yale University Press.
- IGREJA MATOS, José 2007 «O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)», *Julgur*, n.º 2, pp. 87-106.
- JAUERNIG, Othmar 2002 *Direito Processual Civil*, trad. F. Silveira Ramos, 25.^a edição, Coimbra, Almedina.
- JUSTO, A. Santos 2010 *Breviário de Direito Privado Romano*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora.
- KOCHEVAR, Steven 2013 «Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions», *Yale Law Journal*, vol. 122, pp. 1653-1669.
- KRISLOV, Samuel 1963 «The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy», *Yale Law Journal*, vol. 72, p. 694-721.
- KÜHNE, Ulrich 2015 *Amicus Curiae: Richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter*, vol. 110 de Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Mohr Siebeck.
- LE MASSON, Jean-Marc 1998 «La recherche de la vérité dans le procès civil», *Droit et société*, n.º 38, 1998, pp. 21-32.
- LEBRE DE FREITAS, José & ALEXANDRE, Isabel 2014 *Código de Processo Civil anotado*, vol. 1, 3.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora.
- LEBRE DE FREITAS, José 2013 *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*, 3.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora.
- LEVINE, Eugenia 2011 «Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, Issue 1, pp. 200-224.

- LOWMAN, Michael K. 1992«The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?», *American University Law Review*, vol. 41, pp. 1243-1299.
- LUCAS, Allison 1998«Friends of the Court? The Ethics of Amicus Brief Writing in First Amendment Litigation», *Fordham Urban Law Journal*, vol. 26, Issue 5, pp. 1605-1634.
- MALAGUTI, Maria Chiara 2010*Amicus curiae e tutela del public interest: potenzialita' dell'instituto alla luce della giurisprudenza in controversie in materia di investimenti tra stato e privati*, pp. 1-15, disponível em: https://www.academia.edu/5556916/MCMamicuscuriae_PDF (consultado em 12/08/2017), também in *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli. Studi degli allievi in onore di Paolo Mengozzi*, a cura di L.S. Rssi e E. Baroncini, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 475-491.
- MAULTZSCH, Felix 2010*Streitenscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*, vol. 155 de Jus Privatum, Mohr Siebeck.
- MELINKOFF, David 2009*Melinkoff's Dictionary of American Legal Usage*, Wipf and Stock.
- MENÉTREY, Séverine 2010*L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural?*, Paris, Dalloz.
- MESQUITA, Miguel 2013«A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil: Acórdão de 8 de Julho de 2010: [anotação]», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, A. 143, Nº 3983, pp. 134-151.
- MESQUITA, Miguel 2015«Princípio da gestão processual: o “Santo Graal” do novo processo civil?», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 145, n.º 3995, pp. 78-108.
- MIGLIAVACCA, Carolina Moraes 2015«Anotações ao artigo

- 138», *In: Novo Código de Processo Civil anotado / OAB.*, Porto Alegre, OAB RS, pp. 147-149.
- MOHAN, S. Chandra 2010«The Amicus Curiae: Friends No More?», *Singapore Journal of Legal Studies*, Research Collection School Of Law, pp. 352-374.
- MUBANGIZI, John C & MBAZIRA, Christopher 2012«Constructing the Amicus Curiae procedure in human rights litigation: What can Uganda learn from South Africa», *Law Democracy & Development*, vol. 16, pp. 199-218.
- NUNES, Maria Emília Naves 2013«A Efetividade da Tutela Jurisdicional através da Participação do Amicus Curiae e da Conversão da Demanda Individual em Coletiva», *In: Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projecto do novo código de processo civil*, vol. 1, Salvador, JusPODVIM, pp. 161-174.
- PALCHETTI, Paolo 2000«Amici Curiae davanti alla Corte Internazionale di Giustizia», *Rivista di Diritto Internazionale*, anno LXXXIII, fasc. 4, Milano, Giuffrè Editore, pp. 965-991.
- PASSO CABRAL, Antonio do 2004«Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial (uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*)», *Revista de Processo*, ano 29, vol. 117, setembro-outubro, pp. 9-41.
- PASSO CABRAL, Antonio do 2007«Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal», *Revista de Processo*, ano 32, n.º 149, julho, pp. 339-364.
- POELZIG, Dörte 2012*Normdurchsetzung durch Privatrecht*, Mohr Siebeck.
- QUINTAS, Ricardo 2017«A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado», *Revista de Concorrência e Regulação*, ano VII, n.º 27/28, Julho/2016 a Dez/2016, pp.

265-289.

- REIS MARQUES, Mário 2009 *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2ª edição, reimpressão da edição de 2002, Coimbra, Almedina.
- REMÉDIO MARQUES, J. P. 2012 «Observações ao art. 341.º-A», Comunicação pessoal, Coimbra.
- RODRIGUES, Daniel Colnago & MENEZES, Rafael Filipe Fonseca 2015 «Amicus Curiae y Negocios Jurídicos Procesales en el Nuevo Código de Proceso Civil Brasileño», *Convencionales Procesales: Estudios sobre Negocio Jurídico y Proceso*, coord. Pedro Henrique Nogueira & Renzo Cavani, Lima, Perú, vol. I, pp. 508-554.
- SILVESTRI, Elisabetta 1997 «L'«amicus curiae»: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, Anno LI, n.º 3, pp. 679-698.
- SIMÕES, Fernando Dias 2017 «Amicus Curiae in the Trans-Pacific Partnership», *American Business Law Journal*, vol. 54, Issue 1, pp. 161-238.
- SÓFOCLES 2012 *Rei Édipo*, Introdução, tradução do grego e notas de Maria do Céu Zambujo Fialho, Edições 70.
- TEGA, Diletta 2015 *La dottrina come amica curiae*, pp. 1-14, disponível em: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/07/tega.pdf> (consultado em 20/08/2017)
- TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel 2012 «A intervenção de terceiros no processo arbitral», *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano V, pp. 149-177.
- The Student's Pocket Law Lexicon*, London, Stevens & Sons, Law Publishers and Booksellers, 1882.
- TROCKER, Nicolò 1989 «Amicus Curiae», *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Anno XXXV, pp. 119-143.
- ZUFELATO, Camilo 2013 «Análise Comparativa da Cooperação e Colaboração entre os Sujeitos Processuais nos

Projetos de Novo CPC», *In: Novas Tendências do Processo Civil sobre o projecto do novo código de processo civil*, vol. 1, Salvador, JusPODVIM, pp. 99-121.

ZUFELATO, Camilo 2015«Legitimidade recursal do *amicus curiae* no Novo CPC», *Revista do Advogado*, ano XXXV, Maio, n.º 126, pp. 33-38.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ac. STJ 20-02-2013 (MAIA COSTA)

Ac. STJ de apreciação preliminar 09-01-2014 (SILVA SALAZAR), Revista excepcional n.º 1352/08.0TYLSB-L1.S1

Ac. STJ de apreciação preliminar 11-02-2015 (ALVES VELHO), Revista excepcional n.º 1380/13.3T2AVR.C1.P1

Ac. STJ de apreciação preliminar 11-02-2015 (NUNO CAMEIRA), Revista excepcional n.º 1688/10.0TBMCN.P1,

Ac. STJ de apreciação preliminar 12-03-2015 (NUNO CAMEIRA), Revista excepcional n.º 1880/10.7TVLSB.L1.S1

Ac. STJ de apreciação preliminar 25-06-2015 (MOREIRA ALVES), Revista excepcional n.º 1292/09.5TBVVD.G1.S1

Ac. STJ de apreciação preliminar 09-07-2015, relatado por (ALVES VELHO), Revista excepcional n.º 5928/12.2TBLRA-C.C1.S1

Ac. STJ de apreciação preliminar 17-09-2015 (JOÃO BERNARDO), Revista excepcional n.º 2277/10.4TVLSB.L1.S1

Ac. STJ de apreciação preliminar 29-09-2015 (BETTENCOURT DE FARIA), Revista excepcional n.º 215/13.1TVLSB.L1.S1

Ac. STJ de apreciação preliminar 27-10-2015 (ALVES VELHO), Revista excepcional n.º 2368/13.0T2AVR.P1.S1

- Ac. STJ de apreciação preliminar de 19-11-2015 (BETTENCOURT DE FARIA), Revista excepcional n.º 1086/10.5TVPRT.L1.S1
- Ac. STJ, de 28-3-2017, (SALRETA PEREIRA)
- Ac. TRL, de 20/10/2016, (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS)
- Ac. TRP, de 27-4-2017, (ANA LUCINDA CABRAL)
- Ac. TRP, de 15-9-2016, (ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA)