



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O *AMICUS CURIAE* E A RETÓRICA DE PROCESSO CIVIL

THE *AMICUS CURIAE* AND THE CIVIL PROCEDURE RETHORIC

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita.

Coimbra, 2018

RESUMO

No seguimento de um marginal – ainda que relevante – aumento da aceitação normativa e utilização da figura do *amicus curiae* no âmbito do Processo Civil, o nosso estudo visa contribuir para a discussão do instituto no seio da ordem jurídica portuguesa. Carente que está de discussão interna (porque não prevista a referida figura no nosso Processo Civil), não deixa esta de ter alguma aceitação entre nós, tendo-se dado inclusivamente o caso de uma primeira tentativa de o inserir no nosso Código de Processo Civil, aquando da sua revisão em 2013. Apesar da sua falta de presença histórica em Portugal, países de forte proximidade (cultural, doutrinal e legal) – como é o caso do Brasil – têm cada vez mais generalizado a utilização deste mecanismo, contra a corrente típica de *civil law*, adoptando assim um mecanismo histórica e sistematicamente mais próximo dos ordenamentos de *common law* (sendo o exemplo mais típico o observável nos EUA).

Este estudo pretende analisar a figura do *amicus curiae* em primeira linha desde um prisma genérico, para então proceder à sua análise crítica, no contexto de uma eventual introdução do mecanismo no seio do nosso Processo Civil. Ainda que o nosso ponto central de interesse seja a hipótese de um *amicus curiae* de Direito pátrio, parte das nossas críticas dirigem-se à figura genericamente, independentemente do seu âmbito geográfico e temporal de actuação, por entendermos que o *amicus* padece de determinadas falhas em larga medida insuperáveis, independentemente da ordem jurídica em que se situe.

Este estudo, contudo, pretende ainda fazer justiça à figura do *amicus curiae*, apresentando assim residuais espaços de utilidade, bem como uma nova designação para o actor a ocupar esses mesmos espaços, dirigidos sobretudo a uma renovada tentativa de incorporação do “novo *amicus curiae*” na realidade normativa portuguesa.

PALAVRAS-CHAVE

Amicus Curiae, Processo Civil, intimado de excepção, amigo da corte, colaboração, intervenção, *amicus brief*, sujeito processual, *tertium genus*, *common law*, *civil law*

ABSTRACT

Following a residual – although relevant – increase of the legal acceptance and use of the *amicus curiae* in the Civil Procedure, our study aims to contribute to the discussion regarding this mechanism in the midst of the Portuguese legal order. Although in need of discussion (as it is not present in our Civil Procedure), there is still some acceptance amongst us, going as far as attempting to introduce it in our Civil Procedure Code, at the time of its 2013 revision. Despite its lack of historical presence in Portugal, some countries of close proximity (culturally, doctrinally and legally) – as is the case with Brazil – are finding an ever-growing use for this mechanism, against the common understanding of the civil law, hence adopting a mechanism historically and systematically closer to the common law orders (being the USA the classical example).

This study aims to analyze the *amicus curiae*, first in a general light so we can then criticize it in the prospect of its introduction in our Civil Procedure. Although our central point of interest is the possibility of a Portuguese *amicus curiae*, part of our criticism is aimed at the general figure, regardless of its temporal or geographical frame of action, as it is our understanding that the *amicus* suffers from some insurmountable flaws, despite the legal order it might be located in.

In any case, this study intends to give the *amicus curiae* its due, thus presenting some residual range of utility, as well as a new nomenclature for the new figure to the new actor to occupy said spaces, aimed mostly at a renewed attempt to embody the “new *amicus curiae*” in the Portuguese legal order.

KEY-WORDS

Amicus curiae, Civil Procedure, intimation of exception, friend of the court, collaboration, intervention, *amicus* brief, parties to the procedure, *tertium genus*, common law, civil law

ABREVIATURAS

Al. – Alínea

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

Fig. – Figura

ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes

LOJ – Lei da Organização do Sistema Judiciário

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

ÍNDICE

NOTA INTRODUTÓRIA	5
-------------------	---

PARTE 1ª

Exposição da factualidade e posicionamentos relevantes à análise

1 – RAÍZES HISTÓRICAS	11
1.1 – Direito Romano	11
1.2 – <i>Common Law</i>	12
2 – DIREITO COMPARADO	17
2.1 – O <i>Amicus Curiae</i> Sul-Americano	17
2.2 – O <i>Amicus Curiae</i> Italiano	20
2.3 – O <i>Amicus Curiae</i> Internacional	26
2.3.1 – O <i>Amicus</i> “Humanitário”	26
2.3.2 – O <i>Amicus Curiae</i> nos Investimentos Internacionais	27
2.4 – O <i>Amicus Curiae</i> de <i>Common Law</i>	29
2.4.1 – O <i>Amicus</i> Sul-Africano	29
2.4.2 – O <i>Amicus Curiae</i> dos Estados Unidos	31
3 – <i>COMMON E CIVIL LAW</i>	38
3.1 – A Força de Lei da Sentença	40
3.2 – Os Poderes do Juiz e o Apuramento da Verdade	43

4 – AS CARACTERÍSTICAS DO <i>AMICUS CURIAE</i>	50
4.1 – A Voluntariedade	51
4.2 – A (Im)Parcialidade	52
4.3 – O Objecto da Intervenção	55
5 – <i>AMICUS CURIAE</i> : INSTRUMENTO OU SUJEITO?	62
5.1 – Os Sujeitos do Processo Civil	64
5.2 – Os Meios de Prova	70
5.2.1 – A Testemunha	73
5.2.2 – O Perito	75
5.3 – Valor Legal e Força Probatória	77
6 – O QUASE <i>AMICUS</i> DE 2013	83

PARTE 2ª

Apreciação crítica e proposta de soluções alternativas

1 – APRECIÇÃO CRÍTICA	88
2 – PROPOSTA DE SOLUÇÕES ALTERNATIVAS	129
3 – CONCLUSÃO E NOTAS FINAIS	136
BIBLIOGRAFIA	142
JURISPRUDÊNCIA	151
ANEXOS	153

NOTA INTRODUTÓRIA

“The fact that an opinion has been widely held is no evidence whatever that it is not utterly absurd; indeed in view of the silliness of the majority of mankind, a widely spread belief is more likely to be foolish than sensible.”

BERTRAND RUSSEL¹

O que queremos hoje do Processo Civil? Esta é, antes de mais, a linha de orientação de qualquer estudo subordinado a esta área do Direito. Vários em número e variados em qualidade são os desdobramentos daquela questão inicial, sendo certo que o Processo, porque composto por inúmeros momentos, actos e sujeitos é um espaço por excelência de um entrelaçar de problemáticas e de carência de cada vez mais apropriadas soluções. Na busca de um contínuo aperfeiçoamento, vem em permanência a doutrina dedicando os seus esforços a dotar o nosso Processo Civil de soluções adequadas (mesmo que entre nós absolutamente inovadoras) à prossecução da função judicial. Para tal, olha-se quando necessário além-fronteiras, importando soluções, conceitos e entendimentos até aqui alheios à nossa ordem jurídica. O *amicus curiae*, matéria central do nosso estudo, é um exemplo de primeira linha para ilustrar esse movimento de importação (ainda que, à época deste escrito, não tenha obtido ainda cabimento normativo entre nós), de busca de soluções como resposta a problemas que venham entretanto surgindo (ou existindo já, que tenham entretanto ganho relevo).

Fugindo agora do abstracto espírito doutrinal, parece-nos adequado apresentar *a priori* o nosso racional volitivo que sustenta esta obra. Confrontados com uma figura que até há bem pouco tempo desconhecíamos em absoluto, foi interessante partir para um estudo sem qualquer pré-conceito, sem qualquer enviesamento acidental ou intencional do nosso entendimento e como tal, numa absoluta liberdade de ponderação e tratamento cognitivo destas questões.

¹ BERTRAND RUSSEL, *Marriage and Morals*, 1929, pág. 58.

“O facto de uma opinião ser amplamente compartilhada não é nenhuma evidência de que não seja completamente absurda; de facto, tendo-se em vista a palermice da maioria da humanidade, é mais provável que uma opinião difundida seja tola do que sensata.”

Desde que confrontados pela primeira vez com o *amicus curiae*, pareceu-nos estranha a sua razão de ser, mais ainda quando procedíamos à tentativa de o enquadrar no nosso Processo Civil. Olhando para o seu carácter histórico e para as primeiras palavras doutrinárias a que dedicámos a nossa atenção, concebê-lo como mecanismo de *common law* talvez nos parecesse um caminho ao menos plausível; porém, tentando o transplante para a realidade portuguesa, a rejeição do órgão soava-nos demasiado intransponível. Contudo, imbuídos da máxima abertura intelectual e imparcialidade possíveis, dedicámos o nosso tempo e atenção não só às opiniões que valorizavam o entendimento que vínhamos já construindo mas (e sobretudo a essas) às que punham em causa essa mesma posição. Reflexo desse exercício, a estrutura da nossa tese segue esse mesmo modelo: num primeiro momento, trazemos à luz a exposição fáctica do *amicus curiae* – a sua extensão histórica e geográfica, a sua presença normativa, jurisprudencial e doutrinária; num segundo momento, uma apreciação crítica de carácter assumidamente pessoal – numa expressão, o nosso entendimento.

Qualquer estudo comporta a sua própria problemática aquando da sua realização, não sendo este excepção. Porém, o grande obstáculo da nossa tese é simultaneamente o seu maior ponto de estímulo, sendo esse a falta de tratamento nacional (de qualquer ordem) quase absoluta da figura do *amicus curiae*. A razão é simples e prende-se com a inexistência deste no nosso ordenamento interno (ainda que possamos apontar residuais excepções, como assim faremos): não fazendo parte do Direito pátrio, é natural que sobre ele não se verta atenção. Ainda assim, observando-se algum movimento no sentido de incorporar o *amicus curiae* no nosso Processo Civil, soa-nos de particular interesse contribuir para o desenvolvimento deste instituto, não só numa estéril generalidade mas num concreto enquadramento com a realidade portuguesa.

Olhando para a discussão em causa, interessa-nos explicar também o nosso método de análise. Falando de um ponto inexistente em Portugal (e em larga medida nas ordens jurídicas mais próximas, com a Europa continental à cabeça), premente foi a nossa necessidade de recorrer ao estudo de mecanismos à partida próximos nas suas funções com as do *amicus curiae*, por forma a proceder ao seu confronto, pelo que será possível observar uma certa (aparente) dispersão de conteúdos. Desprovidos de contexto, os vários pontos em análise seriam insuficientes para a composição de qualquer tese; inseridos no

contexto desta mesma tese, é nosso objectivo demonstrar em que medida o *amicus curiae* colide com outros mecanismos.

Dividido que foi o nosso estudo em duas grandes partes (uma primeira de toada expositiva, uma segunda de momento crítico e de apresentação de soluções alternativas), o primeiro ponto versa sob a história do *amicus curiae*, desde os seus primórdios à época moderna, num objectivo de não só tomar em consideração a sua primária razão de ser como de observar as mutações que sofreu ao longo do tempo.

No segundo ponto procedemos a uma observação já não temporal mas geográfica, atentando em diferentes ordenamentos jurídicos no qual aquele existe, em que lhe foi feita menção (mesmo que não incluído no inventários de soluções processuais, como é o caso em Itália) e ainda em específicas soluções de Direito Internacional.

Procedendo à ponte entre a realidade estrangeira e uma na qual a realidade nacional se enquadra, procedemos no terceiro ponto ao levantamento das diferenças relevantes entre os modelos processuais de *common* e *civil law* para o estudo do *amicus curiae*.

Olhando já directamente para o *amicus curiae* (e já não tanto para o meio em que este se insere), procedemos no ponto quarto à sua análise, dissecando então as suas características, com o objectivo de avançar com o desenho das suas possíveis morfologias.

O quinto ponto é dedicado, por um lado, ao estudo da natureza do *amicus curiae* na realidade processual, por outro, ao levantamento dos sujeitos processuais que daquele mais se aproximam, assegurando a possibilidade de se proceder ao seu confronto.

No sexto e último ponto de desenvolvimento da primeira metade da nossa tese, apresentamos a tentativa de positivação do *amicus curiae* na realidade lusa, aquando da revisão do Código de Processo Civil de 2013.

Seguindo então para a subsequente parte do nosso escrito, dedicámos as nossas páginas a três momentos: um primeiro (a larga maioria) dedicado à análise, crítica e verbalização do nosso entendimento quanto aos temas que fomos levantando durante a primeira parte da nossa tese; um segundo momento (mais reduzido porque mais residual se afigura a sua possibilidade) dedicado à concessão de utilidade à figura e de possíveis

enquadramentos na ordem jurídica nacional; por fim, umas últimas páginas dedicadas aos nossos apontamentos finais.

Numa última nota introdutória, fazemos questão de frisar que estamos conscientes de que boa parte do suporte doutrinal, normativo e jurisprudencial apresentado nas nossas conclusões carece de adaptação a uma realidade distinta da que lhe deu origem porque nem sempre foi previsto, aquando da sua redacção, para o estudo do *amicus curiae*. Porém, adequado que se nos afigura o espírito de tais entendimentos ao tratamento desta questão, nessas mesmas palavras encontrámos fôlego argumentativo. Por fim, ainda a propósito da segunda metade da nossa tese, assumimos a responsabilidade de expor o nosso próprio entendimento, não repetindo apenas as palavras de pretéritos autores. Especialmente em relação a um instituto entre nós inexistente, estranho para nós seria se não introduzíssemos parágrafos inteiros sustentados unicamente nas nossas próprias ideias (já que nunca foi nossa intenção proceder à redacção de um mero compêndio opinativo de terceiros).

Acrescentamos ainda que a nossa redacção não segue, por opção própria, o Novo Acordo Ortográfico.

PARTE 1^a

Exposição da factualidade e posicionamentos relevantes à análise

1 – RAÍZES HISTÓRICAS

Não sendo recente a figura do *amicus curiae*, carece de precisão a sua origem. Quão antiga é a sua utilização e qual a localização geográfica da sua génese vem sendo alvo de discórdia, sendo que, se certos autores apontam este como surgido em Inglaterra, algures pelos séculos IX, XIV ou até mesmo XVII, a maioria (embora reconheça este período como o de profundo afloramento da sua utilização) aponta os tempos do império romano e do seu direito como a época da sua criação.

1.1 – Direito Romano

Vários são os autores que ao longo do tempo foram alegando que o *amicus curiae* teve origem no direito romano. A normal passagem do tempo tem contudo como compreensível consequência a destruição de provas, nomeadamente de provas documentais, forma única de inferir do funcionamento das antigas instituições. Nem por isso se tornou inobservável a alegação ao longo do tempo por um plural número de académicos de que, de facto, tal figura não só toma inspiração dos tempos romanos como já à época gozava de aplicação.

Um vasto número de autores² aponta o período romano como aquele de onde se pode retirar a origem do *amicus curiae*, suficiente documentação existindo que comprova a existência desta figura (ou pelo menos uma de natureza análoga) ainda no séc. III, bem antes daquele que é apontado por outros autores como possível período de surgimento, algures em Inglaterra, um milénio depois.³

Da tradição romana pode deslindar-se uma base de fundamentação do *amicus curiae*. Enquanto regra geral, em Roma os homens em posição de responsabilidade não tomavam decisões por si só, sem se aconselharem. Tal obrigação moral era transversal aos vários momentos decisórios e políticos, começando pelo próprio imperador, quando aconselhado pelo seu *concilium principis*. A própria expressão pode ter sustento no facto de o imperador se rodear, como conselheiros, pelos seus mais próximos amigos, *amici*.

² S. CHANDRA MOHAN, “*The Amicus Curiae: Friends no More?*”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2010, pág. 10.

³ JOHN CROOK, *Consilium Principis: Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian*, Cambridge, 1955 apud S. CHANDRA MOHAN, *ibid.*, pág. 11.

Não é assim tão descabido tomar esta como a génese, pelo menos da expressão, *amicus curiae*.⁴

Foi ainda na Roma antiga (367 A. C. – 27 A.C.) que se veio também generalizando a prática, por parte de juristas, estudiosos, de um aconselhamento concedido ao tribunal, a propósito das disputas que a este se lhe apresentavam, enquanto reveladores da perspectiva da lei. Neste seguimento, tal era a consideração que os magistrados tinham pelas suas opiniões que a prática era a de que estes fossem consultados⁵ e, dado o prestígio que lhes era reconhecido, em boa medida seguido aquilo que estes aconselhavam. Esta busca pelo auxílio estendeu-se ao próprio imperador, passando Adriano (117 A.C. – 138 A.C.) a rodear-se, no seu *consilium*, de reconhecidos juristas. No entanto, já antes da referida prática no séc. III, o Imperador Augusto (63 A.C. – 14 D.C.) havia proclamado uma ordem pública que concedia aos mais reconhecidos juristas da época o direito de publicamente dar opiniões em nome do imperador, *ius publice respondendi*. A prática destes *iurisconsulti* ou *iurisprudentes* manteve-se como peça central daquilo que haveria de ficar conhecido como o período clássico da jurisprudência, por mais de 400 anos.⁶

Mas, querendo situar-se a génese do *amicus* no período romano, qual o problema que nos surge? Na verdade, a expressão *amicus curiae* não se vê documentada em parte alguma. Se contudo a terminologia não se observa, aquilo que materialmente podemos dizer que era já uma profunda aproximação à figura que aqui estudamos estava presente à época. Sim, o *amicus curiae* actual (que até esse é alvo de controvérsia, como posteriormente teremos oportunidade de referir) não existia de forma absoluta, sem mais; contudo inegável é a semente que veio a dar frutos no futuro.

1.2 – Common Law

Invariavelmente, o Direito Inglês – como representante máximo (à época) da *common law* – é apontado como o referente quer geográfico, quer temporal da génese de um *amicus curiae* de feição moderna, mais próximo daquilo que hoje podemos observar. Ainda que alguns autores possam apontar o Direito Norte-americano como o grande

⁴ S. CHANDRA MOHAN, *op. cit.*, pág. 12.

⁵ FRITZ SCHULZ, *Principles of Roman Law*, 1936, pág. 207.

A propósito dos conselhos oferecidos, “(...) probably seldom absent and may frequently have been decisive”.

⁶ WOLFGANG KUNKEL, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, 1973, pág. 97.

expoente genético da utilização deste instituto⁷, parece-nos um passo demasiado largo. De facto, o sistema estadunidense tomou em larga medida o *amicus* como seu, mas daí a dizer que foi ele o responsável pelo seu desenvolvimento moderno é ignorar séculos de história ocorridos do lado de cá do Atlântico. No mesmo sentido, apontar o surgimento do *amicus* moderno apenas ao séc. XVII⁸ parece-nos apenas possível se ignorarmos séculos de registos prévios da sua existência.

Mas, debruçando-nos um pouco sobre a perspectiva anglo-saxónica do instituto, importa, mais que o “quando”, definir o “quê” e o “como”.

“*AMICUS CURIAE (friend of the court)*

A stander by, who may inform, the court when doubtful, or mistaken.”⁹

Alguns autores referiram a possibilidade de o Direito Inglês ter meramente adoptado a figura do *amicus curiae* como derivada do antigo *consilium* romano, enquanto um conselheiro apontado pelo tribunal para aconselhar o juiz na sua decisão – *sibi advocavit ut in consilio adessent*.¹⁰ Alegado é que a ordem britânica incorporou aquilo que era o costume romano e, se na verdade não se afigura possível apontar a indubitável raiz do instituto, facto é que se regista a existência do *amicus curiae* no séc. XIV, nos *Year Books* da época. Também à época, por ordem de Henrique IV, via-se prevista a possibilidade do *amicus* se aproximar do tribunal para oferecer o seu conselho.

Contudo, importantes diferenças existiam entre o *consilium*, romano, e o *amicus curiae*, inglês, que impossibilita que se diga que um é a mera transposição do outro:

-O *consilium* podia informar o tribunal por sua própria iniciativa, ao passo que o *amicus* deveria ser chamado pelo tribunal;

-Quando pedido pelo tribunal, podia o *consilium* intervir contra um réu em processo penal, enquanto a intervenção do *amicus* jamais iria contra o réu.¹¹

⁷ ANTONIO DO PASSO CABRAL, “*Pelas Asas de Hermes: A Intervenção do Amicus Curiae, Um Terceiro Especial*”, *Revista de Processo*, 117, Ano 29, Set.-Out. 2004, pág. 12.

⁸ CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Amicus Curiae: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro*, pág. 3.

⁹ J. J. S. WHARTON, *The Law Lexicon, or Dictionary of Jurisprudence*, 1848, pág. 27.

¹⁰ JOHN BOUVIER, *Bouvier's Law Dictionary*, 1914, pág. 188.

¹¹ FRANK M. COVEY JR., “*Amicus Curiae: Friend of the Court*”, *DePaul Law Review*, Vol. 9, Fall-Winter 1959, pág. 34.

A tudo isto podemos juntar ainda outra possível via de surgimento da figura. Ainda que seja de difícil alcance uma fonte directa que o confirme, fontes indirectas foram surgindo que relatavam o seguinte: nos primórdios da *Common Law*, para alguns crimes de grave natureza, o aconselhamento legal estava vedado aos arguidos.¹² Ainda assim, o arguido deveria ser merecedor de uma protecção quanto a eventuais erros da lei e, salvo se ele próprio fosse um advogado, essa protecção teria de partir de algures. Nesse sentido, é possível que o *amicus curiae* tenha surgido como meio de colmatar esta falha, dado que, não estando o tribunal ciente do erro em que incorria, a lógica diz-nos que também não estaria ele apto a chamar alguém com o intuito de corrigir essa mesma falha.¹³

Ainda que a utilização do *amicus* no Processo Civil seja tida como de ampla utilização à época, a verdade é que encontramos essencialmente uma descrição da sua actividade, por parte dos pretéritos autores, a propósito do Processo Penal. SIR EDWARD COKE, nos seus *Institutes* dizia-nos o seguinte:

*“(...) it is lawful for any man that is in Court, to inform the Court of any of these matters, lest the Court should err, and the prisoner unjustly for his life proceed with”.*¹⁴

Mais tarde, CHITTY referiu-se também a este instituto em termos semelhantes, também no âmbito do processo penal:

*“(When indictment may be quashed) The application may be made to the court either by the prosecutor or the defendant; or, any one, as amicus curiae, may suggest the error to the court, in order that they may exercise their discretion.”*¹⁵

Mas, apesar da referência à figura no âmbito do Processo Penal, a verdade é que o seu funcionamento não divergia sobremaneira no seu parente que era o Processo Civil. E se a intervenção de um *bystander* no processo, como previamente referimos, pode ter sido a origem da figura do *amicus*, a sua intervenção era também fundamento da sua relevância, no sentido de preservar a integridade da lei e do Direito.

¹² THEODORE F. T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5ª Ed., 1929, pág. 434.

“It was a very ancient principle that no counsel was allowed to persons charged with treason or felony against the Crown; counsel were allowed in an appeal as this was brought by a private person and not by the Crown.”

¹³ FRANK M. COVEY JR., *op. cit.*, pág. 34-35.

¹⁴ EDWARD COKE, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 6º Ed., 1680, pág. 137.

¹⁵ JOSEPH CHITTY, *A Practise Treatise on the Criminal Law*, Vol. 1, 3ª Ed. Americana, 1819, pág. 297.

Mas outras razões podem ser apontadas para a génese do *amicus curiae* no Direito Inglês:

-O direito inerente ao tribunal de requerer assistência;¹⁶

-A preservação da honra do tribunal, no sentido de se precaver quanto a eventuais erros no julgamento;¹⁷

-O levar ao tribunal de anteriores decisões judiciais do qual este não tenha conhecimento. Falamos ainda de um período em que o sistema de registo da actividade jurisprudencial não primava pela sua perfeição, pelo que a intervenção de um terceiro, no sentido de levar ao juiz aquilo que já outros tribunais haviam decidido, lhe concedia esse título de “*friend of the court*”, *amicus curiae*, um sujeito que agia com o sentido de ajudar o tribunal na sua prática.¹⁸

Independentemente daquilo que possamos apontar como sendo o factor decisivo do seu surgimento, como se definia o propósito do *amicus*?

“(...) l’amicus curiae si presenta come un terzo neutrale che, su richiesta della corte o da questa autorizzato, partecipa al processo nell’interesse della giustizia. Il suo compito, infatti, è quello di fornire informazioni che consentano un più accurato accertamento dei fatti controversi, in modo che la corte possa formulare una decisione più giusta in quanto non viziata dalla mancata considerazione di circostanze rilevanti che le parti, volontariamente o per semplice incuria, hanno ommesso di indicare.”¹⁹

Se a verdade é que a intervenção inicial do *amicus curiae* tinha também como intuito colmatar as falhas do *adversarial system* típico da *common law*, enquanto um terceiro imparcial, a verdade é que foi este mesmo desenho do processo que acabou por

¹⁶ J. CHAN, “*Amicus Curiae and Non-Party Intervention*”, *Hong Kong Law Journal*, vol. 27, n° 3, 1997, pág. 394.

¹⁷ *Protector v. Geering apud EDMUND RUFFIN BECKWITH & RUDOLPH SOBERNHEIM*, “*Amicus Curiae – Minister of Justice*”, *Fordham Law Review*, Vol. 17, 1948, pág. 38.

“It is for the honour of the Court to avoid error in their judgements. (...) The Court ex officio ought to examine (...) into errors, though not moved. Barbarism will be introduced, if it be not admitted to inform the court of such gross and apparent errors in office”.

¹⁸ ALLISON LUCAS, “*Friends of the Court? The Ethics of Amicus Brief Writing in First Amendment Litigation*”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 26, n° 5, Art. 12, 1998, pág. 1607.

¹⁹ ELISABETTA SILVESTRI, “*L’amicus curiae*”: *uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 51, n° 3, 1997, pág. 680.

comprometer essa mesma imparcialidade.²⁰ Uns dirão que a figura evoluiu, outros dirão que se descaracterizou ou até mesmo corrompeu. Qualquer que seja a visão que tenhamos do sucedido, indesmentível é que a figura que hoje podemos observar não só não é a mesma daquela que havia sido relatada há alguns séculos como já não é hoje singular. A este propósito, estudaremos posteriormente um pouco daquilo que é hoje o *amicus curiae* pelo mundo, nomeadamente a sua heterogeneidade conforme a ordem jurídica em que intervém (se tal lhe for permitido).

²⁰ MICHAEL K. LOWMAN, “*The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?*”, *The American University Law Review*, Vol. 41, Nº 4, 1992, pág. 1248.

2 – DIREITO COMPARADO

No decurso da nossa exposição vincar-se-á nitidamente este ponto: por forma a encontrar espaço para um eventual *amicus* no nosso ordenamento processual, é essencial olhar além-fronteiras. Estas de que aqui falamos não se reflectem sem mais nas traçadas no mapa-múndi, perfeitamente delimitadas entre os diversos territórios nacionais. Tomemos em consideração os seguintes exemplos: dada a semelhança entre as soluções adoptadas pelos países da América do Sul, poder-se-ia falar de um *Amicus* sul-americano; já na Europa, atendendo às soluções supra-nacionais e às adoptadas internamente, considerando a existência no mesmo continente de soluções de *common* e *civil law*, falar de um *amicus* europeu não faria sentido.

Assim, alguns exemplos podem ser procurados, recolhidos e analisados. Para tal, antes de uma comparação mais detalhada com as soluções da *common law* (encabeçadas pelos Estados Unidos da América), olharemos para três exemplos: as soluções transversalmente adoptadas no continente Sul-Americano, sendo o Brasil o alvo primordial da nossa atenção, dada a proximidade da sua ordem jurídica com a nossa; um exemplo europeu, sob a forma daquilo que vigora em Itália, especificamente naquilo que se observa na *Corte Costituzionale* italiana; por último, as soluções previstas no Direito Internacional e Europeu, também estas aplicáveis em território nacional.

2.1 – O *Amicus Curiae* Sul-Americano

Na nossa análise à realidade Sul-Americana, surpreendente foi a homogeneidade das soluções adoptadas pela vasta maioria daqueles países, a saber:

-A circunscrição da actividade do *amicus curiae* a espaços de actuação específicos e delimitados;

-A jurisdição constitucional como espaço de eleição para a actividade desta figura.

Não desfazendo das idiossincrasias de cada nação e subsequentemente de cada uma das suas ordens jurídicas, interessa-nos fazer um agrupamento (por coincidir este com a realidade) de uma amostra de países daquele continente. Assim, na nossa análise às práticas de alguns países de língua castelhana (Argentina, Colômbia e Peru) certas linhas

orientadoras foram sendo observadas, transversais aos diversos territórios, semelhantes nas raízes históricas, homólogas na fundamentação e aplicação.

Esta tendencial semelhança de soluções torna-se mais fácil de traçar quando apontados exemplos. Veja-se o que se encontra em vigor na Argentina:

-“En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter “amigo del tribunal”. ”²¹;

-“Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia. En la presentación deberá constituir domicilio en la jurisdicción.

Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate. (...);²²

-“(...) el Procurador Penitenciario y el Adjunto (...) están facultados para:

e) Poner en conocimiento de lo actuado, a los jueces a cuya disposición se encontrara el interno, respecto del cual se iniciara una actuación, pudiendo, a su vez, expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el magistrado interviniente, en carácter de “amigo del tribunal”. ”²³

Subindo mais a Norte, encontramos também hoje enraizado nos dispostos legais colombianos o pressuposto legal que ali abre a porta ao *amicus curiae*:

-“El magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la

²¹ *Imunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales Argentinos, Ley N° 24.488, art. 7°.*

²² *Ley de Procedimientos Ante el Tribunal de Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, Ley N° 402/00, art. 22°.*

²³ *Ley de la Procuración Penitenciaria, Ley 25.875, art. 18°.*

elaboración del proyecto de fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior. (...)”.²⁴

Preenchendo um pouco mais o mapa aqui traçado, encontramos também no Perú, no *Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional*, outra penetração normativa do *amicus curiae* num ordenamento jurídico:

*-“El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados.”*²⁵

Não nos cabe a tarefa de especular sobre os específicos circunstancialismos que levaram a este racional colectivo dos países da América Latina (só sendo possível de atingir uma conclusão se acompanhada a história de décadas ou séculos de todo aquele conjunto), porém, algumas evidências afloram, desde logo uma de ordem formal: *in casu*, a absorção de mecanismos da *common law* por sistemas tendencialmente de *civil law* (assim constituídos por influência dos seus colonizadores europeus, sobretudo portugueses e espanhóis).²⁶

Apresentando-nos contudo à tarefa de justificar a imiscuição do *amicus curiae* na ordem jurídica sul-americana (ainda que não só, apenas e necessariamente no Processo Civil), e, por consequência, os parâmetros que devem pautar a actuação daquele sujeito, elencamos alguns pontos que podem ter utilidade para proceder a essa mesma justificação.

À cabeça, apontamos o que já se viu expresso pela jurisprudência argentina a propósito dos critérios que se devem ter como satisfeitos para obter o *amicus* permissão para dar a sua contribuição ao tribunal, juiz e processo:²⁷

²⁴ Decreto N° 2067 de 1991, *Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*, art. 13°.

²⁵ Resolución Administrativa N° 095-2004-P-TC de 2 de Outubro de 2004, art. 13°-A.

²⁶ PHANOR JAMES EDER, “*The Impact of the Common Law on Latin America*”, *University of Miami Law Review*, Vol. 4, N° 4, 1950, págs. 435-440.

²⁷ *Acordada N° 28/2004 del 14 de julio del 2004*.

Pronúncias outras existem em que se reiteram estes critério, e.g., *Acordada Extraordinaria N° 85 del 19 de julio del 2007*.

-Deve ser quer pessoa física, quer jurídica, que, não sendo parte no processo, lhe fosse reconhecida competência sobre a questão debatida;

-A intervenção será possível em questões que transcendam o interesse das partes, alcançando interesses colectivos, suprapartes;

-A função da intervenção é a de expressar uma opinião fundamentada, que não será contudo vinculante para o juiz;

-Deve fundamentar-se o interesse em participar na causa e deve informar-se o tribunal se existe algum tipo de relacionamento com as partes;

-Ao tribunal está reservado o direito de admitir a participação do *amicus* no processo;

-Determinados critérios formais foram também apontados, nomeadamente quanto aos prazos para a participação.

2.2 – O *Amicus Curiae* Italiano

De fundamental relevância reveste-se a análise de realidades que nos são mais afastadas, ora pela sua distância geográfica, ora por a sua composição “genética” diferir da nossa. Porém, não poderíamos deixar de fazer o paralelismo com um exemplo Europeu continental, de *civil law*, mais próximo das nossas práticas, não só numa perspectiva geográfica mas sobretudo no desenho do processo (civil, mas não excluindo outros como o penal).

De forma a expor o panorama italiano, dois casos da jurisprudência são trazidos ao nosso estudo, ambos referentes a sentenças proferidas pela *Corte Costituzionale*, há pouco mais de uma década (2005 e 2006).

O primeiro e mais antigo dos dois casos²⁸ diz respeito a uma disputa quanto à aplicabilidade de um conjunto de normas dirigidas ao cultivo, criação e comercialização de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) naquele país. Não sendo a questão material, o conteúdo das leis, aquela que aqui nos interessa (nem sendo sequer sobre essa

²⁸ *Sentenza* 150/2005, *Presidente* CONTRI, *Redattore* DI SIERVO.

que recai a decisão daquele tribunal constitucional), o que se discutiu neste juízo foi a conformidade constitucional das leis da Região de Apúlia,²⁹ quanto àquelas matérias.

A organização política e consequentemente a organização do poder legislativo italiano diferem das que se observam em Portugal, especificamente no tocante ao poder legislativo que é concedido às Regiões do país, diferente do carácter centralista observável no nosso país. Contudo, tal poder é limitado e essa foi a justificação invocada pelo Presidente do Conselho de Ministros italiano, quando levantou esta questão à *Corte Costituzionale*, a violação dos poderes exclusivos de legislar sobre estas matérias.³⁰

Mais se discutiu ainda a conformidade do disposto nas elencadas leis quanto às disposições comunitárias sobre a matéria,³¹ que estabeleciam o princípio da livre circulação de tais produtos (desde que respeitando os critérios a eles aplicáveis), vedando-se aos Estados a possibilidade de proibir tal circulação.

Resumido que está o caso (concluído com a declaração de inconstitucionalidade por parte do tribunal), atentamos naquilo que aqui nos traz, a referência à figura do *amicus curiae*. Levantada que foi a questão da constitucionalidade das normas por parte do Presidente do Conselho de Ministros, recebeu o tribunal, a 29 de Março de 2004, sob a forma de um *atto d'intervento*, a participação *ad opponendum* de um vasto conjunto de pessoas colectivas que, declarando o seu interesse em se opor ao recurso, atestaram a falta de fundamentação da referida questão quanto ao seu eventual carácter inconstitucional.³²

Cabe-nos esclarecer e de certa forma encontrar os paralelismos necessários deste ponto com as nossas próprias soluções processuais. A figura do *intervento*³³ é, pese embora a necessária tradução, quase gémea da solução adoptada no art. 312º do Código de Processo Civil, salvo quanto ao que o nosso legislador acrescentou em relação à possibilidade de o terceiro aderir ao articulado apresentado com quem se associa. A intervenção, quer entre nós (art. 314º do CPC), quer entre os nossos consortes italianos

²⁹ *Legge della Regione Puglia*, 4 de Dezembro de 2003, Nº 26.

Legge della Regione Puglia, 3 de Março de 2004, Nº 5.

³⁰ *Costituizione della Repubblica Italiana*, Art. 117º, Pars. 1º e 2º, s).

³¹ Directiva do Conselho 90/220/CEE.

³² *Sentenza* 150/2005, *Ritenuto in Fatto*, nº 3, par. 2.

³³ ***Codice di Procedura Civile (Regio Decreto 28 ottobre 1940, n° 1443), art. 105º.***

“Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo.

“Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse.”

(art. 267º do *Codice di Procedura Civile*) toma a forma escrita, apresentada ao tribunal ainda nos momentos iniciais do processo. O momento da intervenção releva não só, mas também, para a delimitação da figura, dos seus poderes e das suas obrigações no processo, não se falando de um mero terceiro que intervém no processo sob a forma oral (*E. g.* uma testemunha, um perito, *etc.*). É indiscutível então que é pressuposto processual, sem o qual não pode o terceiro intervir, a existência de um direito próprio em relação ao objecto em litígio.

O que alegavam afinal os intervenientes terceiros como fundamento para a sua voluntária participação no processo? Sumariamente, que a legitimidade constitucional das normas questionadas tem efeitos directos e imediatos sobre as actividades levadas a cabo pelos seus associados, pelo que, sendo este o objecto em litígio, teriam estes interesse processual naquele recurso (*Ritenuto in fatto*, nº 6). Seguindo a sua própria jurisprudência³⁴, declarou infundada a participação destes terceiros, por ser:

*“(…)inammissibile, a prescindere dalla loro tardività, l’intervento, nei giudizi promossi in via principale nei confronti di leggi regionali o statali, di soggetti diversi da quelli titolari delle attribuzioni legislative in contestazione, ancorché destinatari attuali o potenziali delle discipline normative contenute nelle leggi impugnate.”*³⁵

Qual a relevância da figura *amicus curiae* para este caso? Os referidos terceiros que tiveram neste juízo intervenção voluntária alegavam que a justificação do tribunal para a falta de legitimidade daqueles a, naquele momento, recorrer a tal remédio processual, dada a sua ausência de poderes legislativos e como tal, sendo apenas mediamente interessados, apenas valeria para as intervenções *ad adiuvandum* mas não para as *ad opponendum*. Entendeu contudo o tribunal que, *in casu*, a intervenção dos terceiros:

“(…)assumerebbe «i connotati della collaborazione offerta dall’amicus curiae», che già troverebbe riconoscimento nel giudizio di ammissibilità del referendum e che dovrebbe necessariamente trovare spazio nel giudizio in materia d’immissione nell’ambiente di organismi geneticamente modificati, dal momento che la partecipazione popolare in subiecta materia sarebbe «non soltanto opportuna ma obbligatoria» in forza degli obblighi di consultazione pubblica rinvenibili nell’art. 9 della direttiva 2001/18/CE,

³⁴ *Sentenze n° 196, 167 e 166 de 2004.*

³⁵ *Considiro in Diritto*, nº 4, par. 3.

nell'art. 12 del d.lgs. n. 224 del 2003 e nell'art. 23 del Protocollo di Cartagena ratificato con la legge 15 gennaio 2004, n. 27."³⁶

Não há uma referência expressa à admissão ou rejeição da figura na ordem jurídica italiana ou, mais concretamente, na sua *Procedura Civile*. Há assim o apontar de uma característica do *amicus curiae* que nos será útil no seguimento da nossa exposição: a utilidade que se lhe reconhece (seja por razões históricas, doutrinárias...) está no contributo que este pode dar ao processo decisório, nomeadamente, na veiculação do “estado de alma” dos interessados, ainda que apenas de forma mediata. Porém, se o juiz abre a porta ao *amicus*, essa mesma porta não vai dar à barra do tribunal mas sim à consulta popular, por via de mecanismos para tal adequados como o é o caso do referendo que, a espaços, não só é útil para como deve ser obrigatório incluir no processo legislativo.

Antes de adensarmos a nossa posição e de passarmos ao caso seguinte, fazemos questão de vincar desde já o nosso apreço por esta que foi uma visão, no nosso entender, sensata. Teremos oportunidade de desenvolver o nosso raciocínio quanto às contribuições que o *amicus curiae* pode trazer (ou não) ao processo mas sempre tendo em consideração o carácter sistémico de toda uma ordem jurídica. Nesse sentido, ser-se “civil-processualista” não implica um fechar de olhos aos mecanismos que melhor se adequam às finalidades do Processo Civil em concreto mas do Direito em geral. É mister reconhecer que cada disciplina só pode e deve ir até ao seu ponto máximo, não devendo espraiar-se até onde se terá apenas como um convidado indesejado. Essa é uma questão que queremos ver esclarecida: até que ponto o *amicus curiae* é útil ao Processo Civil, até que ponto cumpre funções que outros mecanismos da justiça (e restantes pilares do Estado) não cumprem já. Feito o interlúdio, continuemos a nossa análise.

A nossa segunda referência à jurisprudência italiana diz respeito uma vez mais a uma sentença da *Corte Costituzionale*, datada de 2006 (a saber, *Sentenza* 129/2006, *Presidente* MARINI, *Redattore* SILVESTRI). Ainda que não incidindo sobre as mesmas matérias, este é um caso que partilha alguns pontos de contacto com o anterior: falamos novamente de conformidade com a Constituição de normas das regiões italianas (neste caso da Lombardia), ao pleito foram trazidas também normas comunitárias e por fim, um conjunto de terceiros pretendeu também participar no júízo.

³⁶ *Ritenuto in Fatto*, nº 8.

No caso em análise, uma vez mais, a questão material não é aquela que nos interessa, contudo, fazemos um pequeno resumo de forma a contextualizar as questões julgadas. Levantado foi novamente o problema da constitucionalidade de uma norma regional, neste caso quanto à instalação de uma rede de telecomunicações, especificamente no tocante à necessária expropriação e consequente compensação pelo facto bem como à própria outorga dos necessários serviços a prestar pelo particular. À época, duas entidades (não partes do processo, sendo essas a região da Lombardia e o Governo central, devidamente representados pelas respectivas figuras adequadas) manifestaram o seu interesse em participar no processo: a TIM ITALIA S.p.a e a VODAFONE OMNITEL N. V., ambas operadores de telecomunicações. Ambas, ao abrigo do já referido mecanismo do *intervento*, entregaram ao tribunal as suas participações escritas, defendendo a posição do Governo e consequentemente alegando a inconstitucionalidade das referidas normas sujeitas a recurso de revisão constitucional.³⁷

À época, a Região da Lombardia, alegando a inadmissibilidade de tais intervenções com a justificação de que o debate quanto à conformidade constitucional das normas visadas está vedada aos detentores de poder legislativo (a saber, a Região e o Governo), não mais fez que seguir aquela que já vinha sendo a corrente decisória do Tribunal (já no caso anterior referido). Ambas as companhias alegavam uma “(...) *direta e irrimediabile lesione della propria sfera giuridica e precisamente del proprio diritto costituzionale di libertà di iniziativa economica (...)*”,³⁸ porém a verdadeira inovação encontra-se no pedido subsidiário feito pela TIM àquele tribunal:

“Qualora, poi, la Corte non ritenesse di ammettere l'intervento, l'interveniente chiede che venga accettato il «contributo collaborativo di TIM quale»; ciò in virtù amicus curiae della «specifica competenza scaturente dal suo ruolo di esercente un servizio di sicura rilevanza pubblicistica» e della «puntuale conoscenza del regime della rete».”³⁹

Este parágrafo traz-nos à luz uma tímida tentativa do *amicus curiae* forçar a sua entrada no direito continental europeu, no coração da *civil law*, espaço histórico de onde boa parte do Processo Civil (mas não só) brotou. Uma vez mais é importante fazer a ressalva de que trilhamos frequentemente no nosso estudo caminhos que não se limitam ao

³⁷ *Sentenza 129/2006, Ritenuto in fatto*, n^{os} 3 e 4.

³⁸ *Ritenuto in fatto*, n^o 6, par. 4.

³⁹ Par. 5.

Processo Civil. Porém, a maleabilidade conceitual do *amicus curiae* exige que não se descartem factos que nos são úteis somente por não preencherem o nicho do nosso estudo. Doutrinalmente não se distinguem as valências ou falhas da figura, somente na eventual construção normativa nos parece útil limitar o nosso campo de tratamento e consequentemente o seu raio de acção.

Voltando ao referido pedido, devemos desde logo informar que o Tribunal declarou a inadmissibilidade das intervenções, pelo que o desfecho deste ponto é simples: não, um *amicus curiae* não entrou em cena no pleito. É contudo interessante retirarmos alguns pontos de análise deste pedido levado a cabo pela TIM, de forma a darmos um primeiro exemplo daquilo que seria o *amicus* italiano, tivesse aquele levado a sua avante. Desde logo, falamos de uma “colaboração” voluntária, ao invés de uma que seria de carácter involuntária, houvesse sido o juiz a chamar ao juízo tal terceiro.

Qual então o fundamento para tal préstimo de auxílio? Segundo a TIM, adviria aquele da sua específica competência no papel de prestador de um relevante serviço público. Mas qual o manancial de sapiência técnica/fáctica/jurídica que atesta a valência do terceiro no auxílio ao processo decisório? Segundo este, a sua utilidade radicava no seu íntimo conhecimento do regime jurídico aplicável. Não pelos seus conhecimentos técnicos ou fácticos mas sim pelos seus conhecimentos jurídicos.

Atentemos nas entrelinhas do pedido de intervenção. Sabemos nós que apenas subsidiariamente pretendia a TIM apresentar-se ao juízo como *amicus curiae*, ou seja, somente se o seu pedido para intervir enquanto terceiro interessado na satisfação de um pedido (*in casu*, a declaração de inconstitucionalidade das normas referidas) fosse negado pelo tribunal. Simplificando: não podendo defender a sua posição, satisfaria ainda assim as suas pretensões ajudar ao processo decisório. Analisaremos nas páginas seguintes a questão da suposta imparcialidade do *amicus curiae* e do seu benevolente carácter de mero auxiliador, interessado no processo de decisão, desinteressado da decisão em si. É contudo de relevo um ponto específico deste caso em análise para o desenho de um primeiro esboço de um *amicus*: voluntário, de direito e interessado. Já tivemos – e mais ainda teremos – oportunidade de expor uma central dificuldade do nosso estudo, que mais não é que: qual o objecto do nosso estudo? O *amicus curiae* certamente, mas qual em específico? A miríade de *amici* não é em si mesma uma problemática digna de análise?

Sem termos ainda concluído a nossa análise histórico-geográfica podemos desde já apontar a nossa primeira conclusão e consequente crítica: sem desenhar um específico modelo de *amicus curiae*, eventualmente útil ao Processo Civil português, a discussão em torno deste mecanismo é meramente doutrinal, abstracta e estéril de utilidade. Não adianta assim discutir genericamente os meios de auxílio à função do juiz; o que releva é dissecar a sua concreta utilidade.

2.3 – O *Amicus Curiae* Internacional

Que o *amicus* toma cabimento numa multiplicidade de ordens jurídicas nacionais deixámos já comprovado. Que o *amicus* não é apenas uma figura típica do Direito interno de concretos países, é o que pretendemos expor agora. Interessa-nos esclarecer essa questão, acima de tudo porque as características quer nacionais, quer internacionais, pela sua semelhança e pelo seu fundamento podem ajudar à criação de uma figura mais útil ou, no mínimo, ao apontar de críticas. E a participação deste sujeito, na ordem jurídica supranacional, surge essencialmente em duas áreas distintas: a litigância relacionada com os *direitos humanos* e a *arbitragem internacional de investimentos*.

2.3.1 – O *Amicus* “Humanitário”

Quando voltamos o nosso olhar novamente para o continente sul-americano, na sua vertente internacional, encontramos disposições dirigidas directamente à figura do *amicus curiae*, nomeadamente no Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁴⁰ No mesmo sentido se orienta o seu semelhante europeu, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.⁴¹ Porém aqui encontramos duas diferenças, uma de ordem formal, a segunda material. A primeira diferença não nos parece relevante e passa pela designação utilizada pelo tribunal europeu: “*third party intervention*” (intervenção de terceiros). Em

⁴⁰ No seu art. 2º, nº 3:

“A expressão “*amicus curiae*” significa a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência.”

Concretiza-se no art. 44º a possibilidade de participação de um *amicus curiae*:

“1. O escrito de quem deseje atuar como *amicus curiae* poderá ser apresentado ao Tribunal, junto com seus anexos, através de qualquer dos meios estabelecidos no artigo 28.1 do presente Regulamento, no idioma de trabalho do caso, e com o nome do autor ou autores e assinatura de todos eles.”

⁴¹ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 36º nº 2:

“No interesse da boa administração da justiça, o presidente do Tribunal pode convidar qualquer Alta Parte Contratante que não seja parte no processo ou qualquer outra pessoa interessada que não o autor da petição a apresentar observações escritas ou a participar nas audiências.”

momento algum se utiliza a expressão *amicus curiae*, muito embora o seu propósito seja na sua essência semelhante. A segunda diferença encontra-se no número 3 da relevante regra⁴² e passa pelo facto de se apontar, na própria norma, um terceiro específico que pode intervir nos processos desta jurisdição (*in casu*, o Comissário do Conselho Europeu para os Direitos do Homem). Esta é uma tendência que encontraremos noutros órgãos de jurisdição internacional.

2.3.2 – O *Amicus Curiae* nos Investimentos Internacionais

O recurso à arbitragem como meio de resolução de litígios relacionados com o investimento internacional tem uma tradição já considerável, tendo-se efectivado nos anos 60 do século passado um meio específico quanto a esta mesma litigância.⁴³ Se a princípio era vista com imensa relutância a intervenção de terceiros nestes processos arbitrais, a tendência foi-se alterando, sendo-nos hoje possível encontrar amplo espaço de intervenção de *amici curiae* nestes tribunais (de natureza, na sua grande maioria, *ad hoc*).⁴⁴ Porém, não podemos dizer que é esta abertura absolutamente pacífica, encontrando-se ainda um grande bloco opinativo contrário à sua utilização.⁴⁵

Largo é o número de exemplos de *amici* que vêm ao pleito no âmbito das disputas relacionadas com os investimentos (quer em processos arbitrais, quer “clássicos”) e como tal, parece-nos mais ajuizado focar a nossa atenção num só exemplo, ao invés de nos perdermos por uma análise superficial da generalidade dos casos. Assim, o que aqui trazemos é a intervenção da Comissão Europeia como *amicus curiae* nos processos dentro da União Europeia, relacionados com a aplicação dos artigos 101º e 102º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. E porque é isto tão relevante assim? Devido à seguinte disposição:

⁴² “Em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, o Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa poderá formular observações por escrito e participar nas audiências.”

⁴³ *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 18 de Março de 1965.

⁴⁴ EUGENIA LEVINE, “*Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, Nº 1, 2011, págs. 208-209.

⁴⁵ A este propósito, algumas considerações de interesse podem ser encontradas nas *Minutes of Meeting* de WT/GC/M/60, de 23 de Janeiro de 2001, caso levado à *World Trade Organization*. A discussão aqui trazida passa não só por questões materiais, de possibilidade de recurso ao mecanismo, mas também questões formais, relacionadas com a própria natureza da figura.

“Artigo 15º

Cooperação com os tribunais nacionais

1. Nos processos relativos à aplicação dos artigos 81º ou 82º⁴⁶ do Tratado, os tribunais dos Estados-Membros podem solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações na posse desta ou que dê parecer sobre questões relativas à aplicação das regras comunitárias de concorrência.

3. As autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência podem, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais do respectivo Estado-Membro sobre questões relacionadas com a aplicação dos artigos 81º ou 82º do Tratado. Com o consentimento do tribunal em causa, podem igualmente apresentar observações orais aos tribunais do respectivo Estado-Membro. A Comissão pode igualmente, por sua própria iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais dos Estados-Membros nos casos em que tal seja exigido por forma a assegurar a aplicação coerente dos artigos 81º ou 82º do Tratado. Com o consentimento do tribunal em causa, pode igualmente apresentar observações orais (...).”⁴⁷

Este artigo esteve já na base de diversas intervenções da Comissão Europeia como *amicus curiae* nos tribunais internos dos Estados-membros⁴⁸ muito embora, até à data, tal não tenha ocorrido ainda em Portugal. É relevante o que aqui trazemos por duas razões: a primeira, para referir que sim, o *amicus curiae*, nos actuais moldes normativos, poderá vir a ter participações futuras nos tribunais portugueses; é exemplificativo daquilo que geralmente se encontra na ordem jurídica internacional, a delimitação de eventuais *amici* específicos em processos também eles específicos.

Ainda em relação aos processos arbitrais de resolução de litígios relacionados com investimentos internacionais, é importante referir que, aceite ou não a doutrina a sua

⁴⁶ Actuais artigos 101º e 102º do TFUE.

⁴⁷ Regulamento (CE) Nº1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002.

⁴⁸ A lista de casos e o conteúdo das intervenções pode ser consultado em: http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html (consultado a 30 de Abril de 2018).

actuação, a comissão vem apresentando os seus *amici briefs* em alguns casos,⁴⁹ pelo que podemos apontar a sua actuação como transversal a diversos níveis de jurisdição.

2.4 – O *Amicus Curiae* de *Common Law*

2.4.1 – O *Amicus* Sul-Africano

É mister no nosso estudo fazer um *tête-à-tête* entre as opções da *common* e *civil law* ligadas à existência (ou não) da figura do *amicus curiae* nas ordens jurídicas nacionais e, mais concretamente, no Processo Civil de cada ordenamento. Nesse sentido, a análise à realidade norte-americana, dada a sua profundidade jurisprudencial e doutrinária, tomará a dianteira da representação da *common law*. Não se ignora contudo a existência de outras realidades merecedoras da nossa atenção e, nesse sentido, o exemplo sul-africano reveste-se de suficiente importância para que a ele lhe façamos referência.

Mais uma vez a dinâmica é a mesma daquilo que aqui temos trazido: ao *amicus curiae* é-lhe permitido aproximar-se do tribunal, sobretudo em questões de fiscalização da constitucionalidade. Até aqui, nada de absolutamente distintivo. Da Constituição nacional decorre um princípio geral de que qualquer indivíduo pode aceder à tutela dos tribunais,⁵⁰ princípio esse que veio sustentar o disposto na *Rule 10* das *Rules of the Constitutional Court of South Africa*.⁵¹ Uma vez mais, *amici* no Tribunal Constitucional.

Importante para nós é o seguinte: o registo da actividade desta figura na ordem jurídica sul-africana data já ao ano de 1939, a propósito do caso *Connock's SA Motor Co*

⁴⁹ *I.e.*, Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, *Brief for Amicus Curiae the Commission of the European Union in Support of Defendant-Appellant*, de 4 de Fevereiro de 2016; *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22.

Quanto a este último, não havendo acesso público ao pedido da Comissão para intervir como *amicus curiae*, estamos na nossa análise limitados àquilo que foi veiculado pela comunicação social.

EPAMINONTAS TRIANTAFILOU, *A More Expansive Role for Amici Curiae in Investment Arbitration?*, 11 de Maio de 2009.

<http://kluwerarbitrationblog.com/2009/05/11/a-more-expansive-role-for-amici-curiae-in-investment-arbitration/>

(consultado a 1 de Maio de 2018).

⁵⁰ *Constitution of the Republic of South Africa*, art. 38º.

⁵¹ “1. Subject to these rules, any person interested in any matter before the Court may, with the written consent of all the parties in the matter before the Court, given not later than the time specified in subrule (5), be admitted therein as an *amicus curiae* upon such terms and conditions and with such rights and privileges as may be agreed upon in writing with all the parties before the Court or as may be directed by the Chief Justice in terms of subrule (3).”

*Ltd V Pretorius*⁵², sendo que com o passar do tempo, quer o seu desenho prático, quer legal, se foi alterando.⁵³ Neste país o *amicus* está intimamente ligado à litigância relacionada com os direitos humanos e, se ampla é a sua participação, tal ocorre porque larga é a frequência desta mesma litigância. No sentido de definir aquilo que deve ser a sua tarefa, de ferramenta ao serviço dos interesses supraindividuais, os tribunais sul-africanos tiveram já diversas manifestações desse seu entendimento, sendo a que melhor o define a seguinte:

*“The role of an amicus is to draw the attention of the court to relevant matters of law and fact to which attention would not otherwise be drawn. In return for the privilege of participating in the proceedings without having to qualify as a party, an amicus has a special duty to the court. That duty is to provide cogent and helpful submissions that assist the court. The amicus must not repeat arguments already made but must raise new contentions; and generally these new contentions must be raised on the data already before the court. Ordinarily it is inappropriate for an amicus to try to introduce new contentions based on fresh evidence.”*⁵⁴

Não é inócua a nossa utilização do termo “tribunais”, no plural. A verdade é que a intervenção do *amicus curiae* se estende também aos outros tribunais superiores do país.⁵⁵ Esta intervenção ainda vem sendo pautada, em larga medida, pela luta pelo respeito pelos direitos humanos naquele país, interessando-nos pois apontar o bom exemplo daquilo que podemos reconhecer que o *amicus* possa ser (quando inserido num sistema que beneficie genericamente com a sua inclusão), especialmente quando consideramos realidades de profunda desigualdade económica e social.

Porém, sabendo da existência do *amicus curiae*, sabendo dos critérios que devem pautar a sua actuação, sabendo da homogeneidade de soluções, ficamos a perceber o porquê, a *raison d'être*, a lógica que levou à sua apropriação pelas ordens jurídicas? A resposta mais simples e concisa é esta: não, saber como não nos diz porquê. Qual será

⁵² TPD 355, 1939.

⁵³ JOHN C. MUBANGIZI & CHRISTOPHER MBAZIRA, “Constructing the Amicus Curiae procedure in human rights litigation: What can Uganda learn from South Africa?”, *Law, Democracy & Development*, Vol. 16, 2012, pág. 203.

⁵⁴ *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, Case CCT/02, 2002, par. 5.

⁵⁵ Neste sentido, a *Rule 16A* das *High Court Rules of Court*, dispõe de forma bastante semelhante ao que já apontámos a propósito das normas do Tribunal Constitucional.

assim a resposta à questão inicial? A Navalha de Occam aconselha-nos parcimónia e simplicidade de raciocínio; mais simples que afirmar que a figura surgiu para colmatar uma lacuna é impossível. Porém, qual a carência que lhe abriu a porta? Já apontámos sucintamente neste escrito razões históricas que nos dão pistas quanto às razões que povoavam o espírito dos legisladores, juristas e pessoas de manifesta influência que ao longo do tempo foram estendendo a passadeira ao *amicus curiae*. Sendo ponto suficientemente denso para aprofundar numa tese própria, não sobre ele nos debruçaremos. Contudo, é nosso objectivo que no desenrolar das páginas seguintes se possam pintar dois quadros: o primeiro, das práticas gerais e das razões que lhe deram fundamento ao longo do tempo e do espaço; o segundo, o do nosso próprio entendimento, quanto ao como e ao porquê. Para tal, antes de chegar à nossa exposição pessoal, resta-nos trilhar o restante caminho no Direito comparado: qual o espaço do *amicus curiae* no Direito estrangeiro (para além das já referidas realidades norte-americana e brasileira, que terão o seu espaço de necessário destaque).

2.4.2 – O *Amicus Curiae* dos Estados Unidos

Como um dos maiores representantes da *common law*, é natural que façamos referência a este país. O desenho dos nossos Processos Cíveis (*civil e common law*) é distinto, sabemos disso, sabendo também nós que os nossos consortes norte-americanos se pautam por um *adversary system* (que, ainda que não absolutamente semelhante, se aponta quer à justiça norte-americana, quer inglesa), modelo esse que alguns autores já de algumas décadas a esta parte vêm apontando um certo declínio das características que o definem.⁵⁶ Nesse sentido, denota-se um aparente aproximar dos dois “blocos” processuais, pelo que, aquilo que doutrinalmente faz sentido para uma ordem jurídica pode perfeitamente ser útil para a sua contraparte.⁵⁷

Já estabelecemos a antiguidade do *amicus curiae* em momento prévio. Porém, se verdade é que o “amigo do tribunal” é hoje profundamente distinto dos seus antepassados (quer romanos, quer bretões), verdade é também que mesmo delimitando a amostra

⁵⁶ CYRIL GLASSER, “*Civil Procedure and the Lawyers – The Adversary System and the Decline of the Orality Principle*”, *The Modern Law Review*, Vol. 56, Maio de 1993, págs. 307-324.

⁵⁷ GEOFFREY C. HAZARD JR., “*Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 39, 2006, págs. 68-70.

temporal, conseguimos detectar imensuráveis diferenças entre o que foi e o que é. E o *amicus* americano revela-se pródigo nessa demonstração.

A relevância desta porção do nosso estudo não se fecha contudo em si própria, isto é, não é nossa intenção limitarmo-nos a uma análise norte-americana *per se* mas sim abrir a porta a uma questão maior, as diferenças entre a *common law* e a *civil law* e, por inerência, as razões que recomendam ou desaconselham a aplicação da figura do *amicus curiae* nos respectivos modelos processuais.

A figura que estudamos tem neste país uma antiguidade já assinalável: de facto, o primeiro registo existente da sua intervenção no *Supreme Court* data de 1821, a propósito do caso *Green v Biddle*,⁵⁸ tendo esta tido como objectivo a prevenção de um conluio entre as partes (objectivo esse que era apanágio deste instituto à época)⁵⁹. Antes disso, deixamos apenas aqui um dado estatístico que será relevante ter em conta alguns parágrafos mais à frente: a intervenção de um *amicus curiae* era uma ocorrência rara, sendo que, mesmo durante as primeiras décadas do século passado, apenas cerca de 10% dos casos presentes a juízo (no *Supreme Court* daquele país) continham a sua participação. No final do mesmo século, apenas 15% não contiveram qualquer *amicus brief*.⁶⁰

Mais do que os números, interessa-nos a forma e o conteúdo destas intervenções. Do *neutral bystander* inicial, do *amicus curiae* neutro quanto à vontade e aos interesses das partes passou-se, sobretudo desde o virar do século, para um terceiro identificado abertamente como interessado num resultado favorável a uma das partes.⁶¹ A *Rule 37* das *Rules of the Supreme Court of the United States* estatui essa mesma possibilidade, de um terceiro apresentar um “*Brief for an Amicus Curiae*”, sem que (antes pelo contrário) se fale em momento algum de neutralidade ou imparcialidade do terceiro.⁶² Da sua

⁵⁸ *United States Supreme Court, Green v. Biddle*, 5 de Março de 1821.

A pronúncia do tribunal encontra-se disponível para consulta pública em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/21/1.html> (consultado a 2 de Maio de 2018).

⁵⁹ ALLISON LUCAS, *op. cit.*, pág. 1608.

⁶⁰ JOSEPH D. KEARNEY & THOMAS W. MERRILL, “*The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, 2000, pág. 744.

⁶¹ ALLISON ORR LARSEN, “*The Trouble with Amicus Facts*”, *Virginia Law Review*, Vol. 100, 2014, págs. 1766-1768.

⁶² São aliás várias as referências feitas a essa mesma parcialidade da intervenção:

I.e., 2, a) “*An amicus curiae brief in support of a petitioner or appellant (...)*”;

6 “*Except for briefs presented on behalf of amicus curiae listed in Rule 37.4, a brief filed under this Rule shall indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and whether such counsel or*

intervenção apenas se espera o cumprimento de algumas exigências, *i.e.*: a intervenção deve ser relevante, não se limitando a repetir a opinião das partes;⁶³ deve buscar-se o consentimento das partes para a sua intervenção – contudo, se tal não existir, um pedido pode ainda ser dirigido ao tribunal para que possa ser apresentado tal *brief*,⁶⁴ *etc.* Formalmente, limitações existem, (número de páginas, prazos, forma da apresentação) porém, materialmente não se levantam obstáculos ao que pode ou não ser trazido a juízo pelo *amicus* e com que intuito: falamos assim de contribuições de facto, contribuições de direito, técnicas, valorativas...

A *Rule 37* foi sendo alterada ao longo dos anos. No seguimento de um processo que envolveu a apresentação de 78 *amicus briefs* em 1989⁶⁵ a regra foi alterada, no ano seguinte, para consagrar o que se dispõe no seu número primeiro, quanto à relevância das intervenções, de forma a impedir a mera repetição de argumentos já trazidos a juízo. Em 1997, de forma a assegurar uma transparente intervenção, foi acrescentada à regra a necessidade de os *amici* informarem o tribunal quanto a eventuais apoios na redacção por alguma das partes, bem como a informar aquele de todas as contribuições monetárias recebidas para a sua redacção.⁶⁶

Qual o ponto actual do *amicus* na realidade jurídica norte-americana? Este é um ponto simultaneamente expositivo e de crítica no nosso trabalho; de crítica porque choca de frente não só com a nossa pessoal concepção de um Processo Civil adequado mas também com a nossa própria concepção de justiça. Antes de mais devemos deixar clara a natureza do processo norte-americano como um *adversarial system*, no qual os *amici briefs* provocam uma importante quebra na responsabilidade quase absoluta de as partes trazerem ao processo aquilo que lhes interessa na defesa dos seus interesses.⁶⁷ Embora não seja esse o ponto central da nossa análise (nem tal poderia ser, sob pena de se tornar necessária a redacção de uma completa tese paralela), parece-nos útil deixar o apontamento de que, no

a party made a monetary contribution intended to fund the preparation or submission of the brief, and shall identify every person other than the amicus curiae, its members, or its counsel, who made such a monetary contribution.”

⁶³ *Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 37, nº 1.*

⁶⁴ Nº 2.

⁶⁵ *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 1989.

⁶⁶ Nº6.

⁶⁷ BRIANNE J. GOROD, “*The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*”, *Duke Law Journal*, vol. 61, Nº 1, Outubro de 2011, pág. 37.

“(…) *there has been no effort to square the Court’s reliance on amicus briefs with its purported commitment to an adversarial system of justice.*”

nosso entender, o modelo de *common law* parte de uma maior incompletude inicial que os modelos de *civil law* (especialmente no tocante ao momento processual), carecendo de um maior e mais desenvolvido número de remédios para colmatar essas mesmas carências.

O modelo processual clássico da *common law* caracteriza-se pelo controlo que as partes têm sobre a investigação, produção de prova e argumentação, em contraponto com um juiz passivo, que se limita a decidir a causa em função daquilo que lhe foi apresentado pelas partes.⁶⁸ A verdade é que (explícita ou implicitamente), a este modelo sempre foram reconhecidas carências, especialmente com a cada vez mais complexa litigância presente perante os tribunais e, nesse sentido, mecanismos foram incorporados (*E.g. discovery, class actions*, os tribunais especializados, peritos nomeados pelo tribunal, *case management*)⁶⁹ para assegurar o respeito pelo *due process*. A extrapolação para outros modelos de *common law*, por um lado, e o *amicus curiae* como corrector das insuficiências do modelo adversarial, por outro, parece-nos apontar este como, não só de maior utilidade, mas verdadeiramente de uma natureza anglo-saxónica, adequada à correcção de um modelo processual que não é partilhado pelos seus congéneres de *civil law*.

Quer por razões ideológicas, quer pela própria construção do sistema, a intervenção, ou falta dela, do juiz, no momento da procura da verdade, será sempre o grande momento distintivo entre os modelos adversarial e inquisitório de Processo Civil.⁷⁰ Assim, temos de entender a passividade do juiz (factor essencial da sua imparcialidade, segundo uma corrente doutrinária) e a supremacia das partes no momento de trazer ao tribunal o que estas acham necessário para a sua devida actividade as pedras de toque deste tipo de processo. Toda a escultura paralela de mecanismos acessórios à introdução de novas informações no processo está então baseada nessa mesma “pedra-mãe”, esculpindo-a à custa da degradação da sua forma essencial.

Nesse sentido, esta prática deve ser entendida como a excepção e não como a regra, sendo que nos níveis inferiores de jurisdição não se estatui qualquer regra que

⁶⁸ ELLEN E. SWARD, “*Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System*”, *Indiana Law Journal*, Vol. 64, Nº 2, 1989, pág. 302.

Fazemos também referência à utilidade deste artigo para efeitos de exposição da natureza do *adversarial system*, as suas raízes ideológicas, evolução e excepções.

⁶⁹ *Ibid.*, págs. 326-346.

⁷⁰ WILLIAM VAN CAENEGEM, “*Adversarial Systems and Adversarial Mindsets: Do We Need Either?*”, *Bond Law Review*, Vol. 15, Nº 2, 2003, pág. 116.

permita a submissão de *briefs*.⁷¹ Já referimos a inversão no século passado da estatística quanto à participação de *amici* em processos decorrentes no *Supreme Court*, bem como a sua mutação de um terceiro imparcial para um terceiro interessado no resultado do pleito. KEARNEY & MERRILL⁷² apontam algumas explicações para esta expansão:

-a apresentação de *briefs* como influenciadores das decisões do *Supreme Court*: ainda que possa apenas ser uma questão de percepção dos litigantes, pode levar à ideia de que estes aumentam as probabilidades de sucesso no momento da sentença;

-o fenómeno de “*arms race*”: no sentido de se precaver, por receio de que a contra-parte apresente o seu próprio *amicus brief*, a parte age preventivamente nesse sentido.⁷³ O receio aqui é de que um conjunto de *briefs* trazidos a juízo possam transmitir ao tribunal a ideia de que os interesses comunitários tendem para esse lado da balança; para que ela se equilibre, é tido como necessária a neutralização desse efeito com a apresentação de *briefs* que inclinem a balança no sentido oposto. Partilhamos da opinião dos autores quando apontam o problema óbvio que isto levanta: levado às suas extremas consequências, corremos o risco de trazer ao processo todo o “transeunte” que passa pelo tribunal à hora da audiência. Neste específico ponto, a análise estatística vem dar força a esta hipótese: a diferença quantitativa entre o número de *amicus briefs* do lado do autor e do réu em raras ocasiões é superior a três, denotando-se um absoluto equilíbrio na maioria dos casos.⁷⁴ Estes números dizem respeito sobretudo aos processos que envolvam um número mais reduzido de participações (que apesar de tudo são a maioria). Contudo, levado ao extremo este fenómeno de “corrida às armas” é mais facilmente observável: no já referido *Webster v. Reproductive Health Services*, caso ligado à questão do direito ao aborto, se o lado *pro-life* reuniu um total de 46 *briefs*, o *pro-choice* ladeou-se de 32. O objectivo era semelhante de parte a parte e a estratégia era idêntica, ou seja, por via de um

⁷¹ MICHELE E. GILMAN, “*Litigating Presidential Signing Statements*”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 16, 2007, pág. 152.

“*There is no specific rule allowing for amicus participation at the district court level, but it is widely recognized that district courts have broad discretion to appoint amicus.*”

Não podemos contudo ter esta afirmação como que indicadora de que o *amicus* só intervém no *Supreme Court*. De facto, podemos encontrar esta abertura a um nível inferior, nomeadamente na *Rule 29* das *Federal Rules of Appellate Procedure*.

⁷² *Op. cit.*, págs. 820-828.

⁷³ *Ibid.*, pág. 820.

“*The theory would be that interest groups file amicus briefs out of fear that rival groups will file for the other side.*”

⁷⁴ *Ibid.*, pág. 822, fig. 23.

largo número de *briefs*, transmitir ao tribunal a ideia de qual era a verdadeira orientação da opinião pública (porém, estas duas acabaram, obviamente, por se anular entre si);

-a possibilidade de os verdadeiros destinatários do oratório não serem o tribunal, *per se*, mas os próprios “patrocinadores” do *amicus brief*. Esta é uma actividade altamente rentável e como tal, em boa medida passou-se de um “amigo do tribunal” para um “amigo daquele com mais meios”.⁷⁵ A busca da sua própria sobrevivência financeira⁷⁶ justifica a sua procura por protagonismo, protagonismo esse que vem da citação que os juízes fazem dos *briefs* apresentados para justificar as suas decisões. O efeito prático que estes sujeitos (associações, sociedades de advogados, ONGs, *etc*) pretendem é sobretudo o de passar para o exterior uma ideia de influência e de *expertise*, de serem dotados de uma capacidade de efectivamente influenciar com sucesso eventuais processos futuros;

-por último, aquilo que poderá também ser uma causa relevante do aumento exponencial do número de *amici* poderá ser de ordem estrutural: um aumento da actividade legislativa abre a porta a novos litígios, que por sua vez abrem a porta a um maior activismo no tribunal, como local por excelência da modelação da concretização legal e política. A isto juntam-se ainda mais duas questões: o aumento do número de casos nos tribunais inferiores (torna-se impossível ao *Supreme Court* analisar todos os casos existentes, pelo que certos sujeitos acabam por se imiscuir em processos superiores que, por extensão, podem vir a dar solução ao seu próprio caso); o cada vez maior número de advogados (que se relaciona umbilicalmente com a questão previamente elencada da busca do prestígio e manutenção económica).

É importante, chegados a este parágrafo, esclarecer que analisar a realidade norte-americana não é analisar a realidade da *common law* na sua globalidade e menos ainda é analisar todas as minudências que compõem o seu sistema de Processo Civil. Nem nos propomos a analisar o Processo Civil de *common law* nem isso nos seria útil; há sim aspectos de imensa relevância para a nossa tese ao qual este capítulo nos vem abrir a porta.

Chegados a este ponto, o corpo do nosso texto já se aproxima do seu núcleo mais que da sua extremidade inicial e, nesse sentido, importa que nos afastemos da análise

⁷⁵ ALEXANDER WOHL, “*Friends with Agendas*”, *A.B.A. Journal*, Vol. 82, Novembro de 1996, pág. 46.

⁷⁶ LEE EPSTEIN, “*Interest Group Litigation During the Rehnquist Court Era*”, *The Journal of Law & Politics*, Vol. 9, Nº 4, 1993, págs. 675-676.

histórica e geográfica e comecemos a verter a luz da nossa atenção sobre as questões doutrinárias, normativas e, sempre que possível, jurisprudenciais. Tal implica que cada vez mais transpire o nosso entendimento quanto ao objecto de estudo em causa, entendimento esse a que não nos escusamos de defender.

Ainda em relação às práticas dos EUA e para concluir este capítulo, as questões que daqui se retiram e às quais pretendemos dar resposta são: quais as razões que levaram à difusão do *amicus curiae* neste ordenamento e como se contrapõem com as que o mantiveram afastado do nosso próprio ordenamento até aos dias de hoje? Quais as vantagens e quais os problemas que se podem ver transplantados no nosso Processo Civil no caso de adoptarmos este sujeito? Que partes do processo se coadunam com o *amicus curiae*? O panorama americano abre-nos a porta a estas questões, agora cabe-nos dar-lhes resposta.

3 – COMMON E CIVIL LAW

Falar das diferenças entre os modelos de *common* e *civil law*, mesmo que apenas em pontos específicos, é também falar sobre a sua gênese e história. E esta mesma história é sobremaneira distinta, quando considerada a antiguidade de cada um destes modelos: se a *civil law* pode ser apontada já aos tempos do Direito Romano, por 450 a.C., a *common law* é notoriamente mais recente e de bem mais rápido desenvolvimento, tendo como ponto de origem a conquista de Inglaterra pelos normandos no séc. XI. Ainda em relação à segunda, foi com a delegação, por parte de Guilherme I, a um grupo de juízes da tarefa de dirimir litígios (e, na sua essência, criar lei), que as raízes da *common law* se estabeleceram.⁷⁷

Inserido que está o nosso Processo Civil numa tradição de origem romanística, não nos parece de relevância apontar em tão larga medida os porquês que justificam a nossa própria construção histórica (salvo quando tal for absolutamente necessário). Contudo, dado o afastamento doutrinal (e geográfico) do Processo Civil de *common law*, importa dar maior atenção às pedras de toque em que aquele foi sendo assente. E, em nosso entender, duas tomam a dianteira, não só na explicação do seu Processo mas também na diferenciação com o nosso próprio: os poderes do juiz e o valor do precedente de jurisprudência.

Ao longo da sua história a *common law* tendeu essencialmente para uma resolução casuística no dirimir de litígios, numa lógica de construção de baixo para cima, ou seja, do particular para o geral, do caso concreto para os casos gerais.⁷⁸ Essa é desde logo uma (e quiçá a definitiva) diferença entre os modelos de *common* e *civil law* que afecta não só, mas também, as funções e os poderes do juiz e por consequência o desenrolar do Processo Civil. Nesse sentido, o juiz “romano”, o juiz europeu-continental, sempre foi tido como o “filtro” de aplicação da lei ao caso em juízo, um aplicador e não um criador. É sua função (também) interpretar as palavras do legislador mas já não tem aquele o poder de estender a sua decisão para além do caso concreto, não tendo a sua decisão força de lei para todos os restantes casos semelhantes passados, presentes ou futuros. A extensão da discricionariedade ou, pelo contrário, a restrição ao teor literal (seja na sua componente

⁷⁷ H. PATRICK GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2ª Ed., 2004, págs. 223-224.

⁷⁸ VIVIENNE O’CONNOR, “*Practioner’s Guide: Common Law and Civil Law Traditions*”, INPROL, Março de 2012, pág. 13.

ortográfica ou histórica) é algo que a doutrina e a jurisprudência vêm debatendo ao longo dos séculos sendo que, ainda que se possam positivizar soluções, (se nada mais, no domínio teórico) o entendimento sobre os limites interpretativos do juiz pode desdobrar-se num número plural de caminhos. Porém, a pedra de toque mantém-se (pelo menos na nossa própria ordem jurídica) constante, seja qual for o entendimento defendido – ora um juiz actualista ou histórico, rígido ou flexível – doutrinal ou positivamente: o juiz não cria lei.

Esta é uma separação de poderes rígida na *civil law* mas já não da mesma forma observável na *common law*. Podemos e devemos falar a propósito de ambas as modalidades de dois dos pilares que sustentam a democracia, *in casu*, os poderes legislativo e judicial. Porém, é essa maior permeabilidade da segunda que por extensão consagra diferentes poderes do juiz o que, para nós, tem influência directa na relevância do *amicus curiae* como remédio de um sistema e, seguindo a lógica, de um Processo Civil.

No tocante aos poderes, deveres e poderes-deveres do juiz, destriça-se a segunda característica para nós central neste ponto: a passividade do juiz de *common law*, *vis-à-vis*, a proactividade do juiz de *civil law*.⁷⁹ Teremos a oportunidade de analisar com maior atenção a extensão dos poderes do nosso próprio juiz e, por consequência, a maior exigência que sobre ele recai; contudo, neste capítulo é sobretudo essencial delinear os traços gerais que pautam a actuação do juiz de *common law*, com o intuito de explicar porque razão o *amicus curiae* anda com ele de mão dada como útil remédio, ao passo que, na nossa tradição (e nossas congéneres europeias) não parecem ser aqueles pares ideais. Falamos aqui da actividade do juiz correlacionada com a busca pela verdade, no sentido de ajuizar o caso com base nos factos ocorridos. Assim, o que nos releva é actividade do juiz especificamente dirigida ao apuramento da verdade, já não aquela que se repercute noutras finalidades (podendo-se tomar como exemplo de outros poderes do juiz aqueles que são elencados no art. 602º do nosso próprio Código de Processo Civil).

⁷⁹ HUGO ARIAS SALGADO, *How Civil and Common Law Countries Treat Fact-Finding*, 26 de Setembro de 2016.
<http://www.mondaq.com/x/526638/Civil+Law/How+Civil+And+Common+Law+Countries+Treat+FactFinding>
(consultado a 9 de Junho de 2018).

“(…) *the United States like other common law countries follows an adversarial system where attorneys assist the court (i.e the jury, where it exists) in 'discovering' facts. A judge's role is to decide relevant legal issues after the parties have engaged first in discovery amongst themselves, to hash out relevant facts, referred to as undisputed facts. In civil law countries, the discovery process involves a more active part from the judge and the goal of discovery is to instruct the judge so that he or she can decipher how a case should proceed.*”

Urge deixar assente que a diferença apontada previamente quanto à postura dos juízes de *common* e *civil law* não é hoje, contudo, absoluta e em boa medida vem sendo dissipada com o passar do tempo. Sobretudo com a consagração do *case management*⁸⁰ e de um novo papel do juiz como gestor do processo,⁸¹ não só se observa um aproximar dos dois modelos processuais como um redesenho do modelo clássico de Processo Civil de *common law*. Aspectos como o já referido *case management*, assim como a *discovery*,⁸² assumiram-se como mecanismos legalmente previstos⁸³ de aprimoramento da função judicial, observando-se tal mudança não só, mas também, no *pretrial process*⁸⁴, momento processual de amplos poderes discricionários do juiz (em contraponto com a visão clássica do juiz anglo-saxónico). Neste sentido, não se deverá falar de um *amicus curiae* “apesar de uma modernização do juiz de *common law*” mas sim de um renovado juiz de *common law* também por via da consagração do *amicus curiae* naquela ordem jurídica.

Estamos cientes de que a nossa visão das coisas define a nossa própria exposição neste escrito e, como tal, será já por estas páginas notório um tom se não discordante, pelo menos céptico, em relação à figura. Porém, achamos que o espaço para a assumida parcialidade virá mais tarde pelo que, neste capítulo, tentaremos essencialmente levantar características fácticas e rigorosas para que a seu tempo procedamos à crítica. Para além disso, este capítulo pretende acima de tudo trazer à luz informações mais afastadas da realidade nacional, não sendo este ainda o momento para uma comparação exaustiva que, no nosso entender, fará mais sentido num momento crítico, opinativo e conclusivo.

3.1 – A Força de Lei da Sentença

“*Stare decisis et non quieta movere*”

Apenas *stare decisis* ou doutrina do precedente, todas são designações que definem a mesma corrente de pensamento, de jurisprudência e legislação e que, numa tradução livre, diria algo como “mantenha-se a decisão e não se perturbe a calma”. Coluna

⁸⁰ *Federal Rules of Civil Procedure, Rule 16.*

⁸¹ ROBERT F. PECKHAM, “*The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition*”, *California Law Review*, Vol. 69, N° 3, 1981, págs. 770-779.

⁸² JOHN H. BEISNER, “*Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*”, *Duke Law Journal*, Vol. 60, 2010, págs. 554-555 .

⁸³ *Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26.*

⁸⁴ STEVEN S. GENSLER, “*Judicial Case Management: Caught in the Crossfire*”, *Duke Law Journal*, Vol. 60, 2010, pág. 674.

vertebral que suporta as ordens jurídicas de *common law* nas suas dimensões legislativa e jurisprudencial, consiste tão só no facto de os tribunais deverem respeitar, nas suas decisões, os precedentes de jurisprudência, precedentes esses que podem tomar força de lei (veremos que quão mais alto seja o grau de jurisdição, maior será a força de lei das decisões proferidas pelo tribunal).

Antes de justificarmos o porquê da análise deste tópico num estudo dedicado à figura do *amicus curiae*, temos de ilustrar as razões históricas que lhe deram génese, bem como a sua utilidade actual. Nesse sentido, é nossa pretensão demonstrar como pode o *amicus* ser um remédio para esta doutrina ao mesmo tempo que ela própria lhe concede boa parte da sua razão de ser no Processo Civil de *common law*.

A referência mais antiga a esta doutrina a que tivemos acesso data de 1584, durante o reinado de Jaime VI da Escócia e I de Inglaterra, pela mão de SIR GEORGE CROKE (ainda que admitamos uma óbvia existência anterior, dada a já referida época de génese da *common law*):

*“Wherefore, upon the first argument it was adjudged for the defendant, for they said that those things which have been so often adjudicated ought to rest in peace.”*⁸⁵

Que este pensamento como fio-de-prumo de toda uma ordem jurídica está ligado umbilicalmente aos sistemas de *common law* e aos seus tribunais não nos causa qualquer tipo de dúvida.⁸⁶ O que nos pode causar mais estranheza (ainda que seja sobretudo uma curiosidade histórica) é o facto de a primeira referência a esta doutrina do precedente ter tido a sua primeira aplicação ainda no Direito Romano, à época, no *Codex Constitutionum* de Justiniano (534 d.C.):

“Quando o Imperador houver considerado um caso e pronunciado uma decisão para as partes surgidas na controvérsia, que todos os juízes, dentro da nossa jurisdição,

⁸⁵ SIR GEORGE CROKE, *Reports of Sir George Croke, Kinght, Formerly one of the Justices of the Courts of King's Bench and Common Pleas, of Such Select Cases as Were Adjudged in the Said Courts During the Reign of James the First*, 4^a Ed., Vol. 2, 1791-1793, pág. 527.

⁸⁶ THOMAS BURNS, *The Doctrine of Stare Decisis*, 1893, pág. 3.

Por sua vez, remete este autor para outros que o precederam, bem como para pronúncias de tribunais quanto à íntima ligação que esta tem à *common law*.

saibam que aquela não é apenas lei para aquele caso mas para todos os casos semelhantes.”⁸⁷

Obviamente com as devidas correcções históricas e sistemáticas, dada a substituição, entre outras, do imperador por parte dos tribunais superiores no tocante às pronúncias jurisprudenciais com força de lei, não deixa de ser esta a semente que alguns séculos mais tarde haveria de germinar sob a forma de um sistema que manteve à cabeça da sua organização o valor supremo do precedente, em detrimento de uma construção normativa exclusivamente assente no hipotético caso e na redacção prévia da lei.

Voltando por momentos à nossa própria ordem jurídica, deixemos a nota de que esta doutrina não vigora entre nós. Contudo, este carácter vinculativo das decisões judiciais para os casos que extravasem a mera situação em juízo, teve forte aproximação com o proscrito instituto dos assentos, revogado pelo Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. Até então vigorava a seguinte norma no Código Civil português:

“Artigo 2.º

(Assentos)

Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória”⁸⁸

Hoje, o mais parecido a esta figura são os acórdãos de uniformização de jurisprudência.⁸⁹ Não se pode falar contudo de uma actividade com um propósito de criar fonte legal, como era apanágio dos antigos assentos. Obviamente dotados de profundo peso, por via do prestígio dos seus autores, a qualidade da fundamentação e a solenidade do julgamento, não são de menosprezar estes acórdãos. Se desprovidos de força vinculativa

⁸⁷ No original latino, retirado do Livro I, Título XIV, n.º 12:

“Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus.”

Recorremos, para tradução, a duas fontes, a saber:

THOMAS BURNS, *op. cit.*, pág. 4.

RUDOLF HALLER, *Corpus Iuris Civilis Das römische Zivilrecht, Codex Iustinianus nach der zweiten Bearbeitung*, Liv. I, 2012, Tít. XIV, n.º 12.

⁸⁸ Antiga redacção do Código Civil português, revogado pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro.

⁸⁹ Art. 53.º, al. c) da Lei de Organização do Sistema Judiciário, concretização do disposto no art. 686.º do CPC.

são, não deixam de se revestir de imensurável força persuasiva.⁹⁰ Porém, essa distinção entre doutrina e jurisprudência é, como bem sabemos, mais que meramente semântica e se verdade é que não pode haver bom Direito, boa jurisprudência, boa justiça e boas leis sem boa doutrina, esta última não carrega em si mesma coercibilidade, não dotando o seu autor (ou terceiros), sem mais, de *ius imperium*.

Depois de toda esta dispersão histórica e temática, mais relevante se torna esta questão: qual a relevância de todos estes parágrafos para o Processo Civil e para o *amicus curiae*? Para darmos resposta a essa questão, é-nos necessário atalhar sucintamente o nosso caminho e levantar já um pouco o véu quanto às nossas conclusões e considerações finais.

A evidência da intermutabilidade de poderes do juiz e do legislador de *common law* parece-nos por demais evidente, quando se considera a possibilidade que aquele primeiro tem de estender o seu entendimento a um potencial número infinito de casos, todos eles, salvo aquele que deu razão à pronúncia, nunca apreciados numa lógica tradicional daquela que é a função tradicional do juiz, a de dirimir conflitos. Nesse sentido, nos casos e nas sentenças que se vão estender para além das partes trazidas ao pleito, parece-nos que o *amicus curiae* serve de ponte entre o Processo Civil – limitado ao caso em juízo, às partes presentes perante o tribunal – e o processo legislativo, extensível não só aos litigantes mas também a todos os terceiros que se vejam afectados futuramente por semelhantes situações. Adensaremos posteriormente no nosso trabalho esta posição, bem como a nossa própria apreciação do facto; contudo, era-nos necessário fazer desde já este apontamento para que possamos continuar a explicar o porquê de considerarmos o *amicus curiae* um remédio necessário na *common law* mas já não tão útil assim (se de alguma utilidade até) na nossa organização de *civil law*.

3.2 – Os Poderes do Juiz e o Apuramento da Verdade

Chegamos ao segundo momento de relevante distinção entre os Processos Cíveis de *common* e *civil law*, que não mais é que a própria forma de apurar a verdade dos factos relevantes para o caso. Sabemos que, ao longo da nossa exposição, tendemos e tenderemos para a realidade norte-americana em larga medida. É ainda assim importante recordar que o Processo Civil de *common law* assume diferentes configurações em diferentes pontos do

⁹⁰ ABRANTES GERALDES, *Uniformização de Jurisprudência*, texto a propósito do Colóquio realizado no Supremo Tribunal de Justiça 25 de Junho de 2015, págs. 1-2.

globo, não sendo a realidade norte-americana exemplo morfológicamente unívoco de todos os ordenamentos que adoptaram tal tradição processual. Porém, este destaque que assumidamente outorgamos não é inocente nem se prende apenas com o facto de aquele ser o país mais profícuo em literatura sobre o tema: considerando que nenhuma outra ordem jurídica dá tamanho uso ao instituto do *amicus curiae*, parece-nos da maior utilidade depositar a nossa atenção sobre um sistema em que esta figura é peça chave e não apenas de utilização residual. Serão no entanto questões isoladas as que se prendem com os poderes do juiz, o apuramento da verdade e a actividade do *amicus curiae*? À partida diríamos que não e, na busca pela demonstração de tal correlação, tentaremos construir um mapa que isso mesmo ilustre.

Importa assinalar que salta à vista uma enorme diferença entre a actividade daquele tribunal (e por conseguinte do juiz) e a nossa própria prática nacional, sendo tal distinção observável em várias áreas do Direito e do Processo (como são o Civil, o Penal ou o que decorre nos Tribunais Administrativos). Na mesma toada, boa parte da literatura relativa à comparação entre os modelos adversarial e inquisitorial, ao apontar de elogios e críticas, foca a sua atenção, antes de mais, no âmbito penal, remetendo para segundo plano o Processo Civil. Em todo o caso, a organização e a doutrina destes dois processos não são estanques e há argumentos que verdadeiramente são úteis a ambos e, por conseguinte, à nossa própria tese.

Feita esta pequena introdução, procedamos ao desenho daquele que é o racional adoptado pela *common law*. A propósito da nossa ordem jurídica, não só não nos parece de tamanha importância a exposição detalhada de uma realidade com a qual estamos familiarizados, como deixaremos para um momento posterior o enquadrar dos poderes do juiz nacional naquela que é a questão que aqui nos traz, que é o âmbito de utilidade do *amicus curiae* para o nosso Processo Civil.

Em que consiste o modelo de raiz acusatória (em contraponto com o nosso, de cariz inquisitório)?

“In its simplest terms, an adversary system resolves disputes by presenting conflicting views of fact and law to an impartial and relatively passive arbiter, who decides which side wins what.”⁹¹

De facto, tal como afirma FREEDMAN, é difícil simplificar ainda mais aquilo que é este modelo processual. Assim sendo, depurado que está o processo à sua forma mais básica, resta-nos apenas extrair aquilo que é passível de distinção. Em boa verdade, apenas um pequeno ponto daquela definição não poderia ser aplicado ao nosso direito pátrio já que, em tudo o resto, nada foge à nossa realidade. Contudo, é esse pequeno ponto que faz toda a diferença: a passividade do juiz. Esta é pedra de toque, bússola, fio condutor, fundação (e todas as outras expressões que queiramos aplicar) do Processo Civil de *common law* e que, por consequência, faz com que todas as práticas processuais em torno de si gravitem.

Há assim três perguntas que precisam de resposta: porquê esta opção; como se processa esta passividade; quais as vantagens e desvantagens.

O Direito não é uma ciência exacta e as leis que nele se contêm não são desprovidas de um ideal humano. O indivíduo tem direito a que o tribunal ouça o seu caso porque a sociedade assim o entendeu. As leis individualmente consideradas, os sistemas legais e o Direito são uma construção humana baseada não só na realidade mas no entendimento que a colectividade tem sobre a “realidade”. É nesse entendimento sobre a realidade que assenta a ideologia, sendo que para tal se movem dados empíricos mas também dados históricos e culturais bem como uma certa dose emotiva, baseados na moral e nas “paixões” humanas. Assim, não só as leis e o Direito variam no tempo e no espaço como o próprio entendimento humano que lhes dá forma varia também.

Não nos estendendo sobremaneira no desenvolvimento histórico dos ideais que levaram a esta opção (tampouco a sua apreciação), é contudo importante apontar não só a dificuldade que ao longo do tempo vem persistindo em encontrar uma justificação apropriada que sustente este modelo, bem como a diversidade de razões apontadas pelos autores para defender esta forma processual (*e.g.*, este é o modelo que melhor salvaguarda a dignidade e autonomia individual, este é o melhor modelo para se apurar a verdade dos

⁹¹ MONROE H. FREEDMAN, “*Our Constitutionalized Adversary System*”, *Chapman Law Review*, Vol. 1, 1998, pág. 57.

factos).⁹² Apesar da dificuldade de precisão e (a espaços) de um certo desfasamento entre os ideais e a realidade objectiva, não há dúvidas de que a opção tomada no sentido de criar um processo com esta toada Anglo-americana assenta antes de mais numa ideologia (à semelhança daquilo que entre nós – ainda que distinta – acontece). Não deixa assim de fazer sentido questionar se será a realidade a sustentar a ideologia ou se não será antes verdade o seu inverso.

Mais do que o “porquê”, interessa-nos o “como”, interessa-nos explicar em que se manifesta este processo, especificamente no tocante à postura do juiz e à forma de se alcançar a verdade material. Sabemos que o juiz de *common law*, no âmbito do Processo Civil, se rege por uma passividade (relativa, e sujeita a remédios processuais que cada vez mais a atenuam, como já referimos) no juízo que não é partilhada pelos seus congéneres da Europa continental, passividade esta que se manifesta sob a forma de uma “bolha” (metafórica) que envolve o juiz até ao momento em que o caso lhe seja trazido à sua apreciação já (tendencialmente) composto por todos os elementos que aquele precisa para chegar a uma decisão e que o escuda de toda e qualquer influência que possa afectar a sua imparcialidade até lá. É aliás esse receio de que um contacto prematuro com o caso, a par da exigência que se faça ao juiz de ele próprio promover a investigação necessária, possam vir a ter como efeito um toldar da sua visão (concentrando-se na busca de informações que confirmem os seus próprios pré-juízos ao mesmo tempo que se feche a informações que os possam contrariar) que os defensores deste modelo processual tendem a apontar esta como a razão máxima que justifica a passividade do juiz no momento do apuramento dos factos.⁹³ Ainda que esta seja a principal razão que ao longo do tempo vem sendo apontada, outras foram sendo também avançadas: a preservação da “voz”, do direito das partes a ser ouvidas, o estímulo para que os indivíduos tutelem devidamente os seus próprios interesses ou a salvaguarda da previsibilidade das decisões judiciais.⁹⁴

No seguimento do nosso estudo constatámos que as razões (pelo menos no plano teórico) que levaram as várias ordens jurídicas a optar por diferentes caminhos não se distinguem sobremaneira. Acima de tudo a doutrina mas também a jurisprudência e os

⁹² ELLEN E. SWARD, “*Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System*”, *Indiana Law Journal*, Vol. 64, Nº 2, 1989, pág. 302.

⁹³ MIRJAN R. DAMAŠKA, “*Presentation of Evidence and Factfinding Precision*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 123, Nº 5, Maio, 1975, págs. 1091-1092.

⁹⁴ ELLEN E. SWARD, *op cit.*, págs. 312-313.

legisladores falavam de um objectivo final de se atingir decisões justas e correctas pelo que, no sentido de proceder a uma avaliação mais empírica que ideológica, alguns autores predisuseram-se ao estudo e à quantificação da utilidade de um e outro modelos. BLOCK procedeu no final do século passada a um estudo “laboratorial” de tal contraposição de sistemas e no ano 2000 publicou as suas descobertas.⁹⁵

Algumas variáveis foram sendo inseridas ao longo do estudo (nomeadamente o estímulo económico concedido aos “juízes” conforme a precisão das decisões ou a quantidade de informação que as partes partilhavam) e diferentes parâmetros foram sendo avaliados (a quantidade de informação revelada e a sua precisão), porém, a premissa base era a seguinte: um dos indivíduos era tido como o Sr. Correcto (“*Mr. Right*”) ao passo que outro era tido como o Sr. Errado (“*Mr. Wrong*”). A ideia era a de construir casos em que, tendo-se acesso (enquanto observador da experiência) a toda a informação disponível, se pudesse apontar inequivocamente quem era o Sr. Certo e o Sr. Errado. Ao Sr. Errado era favorecida informação privada e que desacreditava o Sr. Certo, porém, a este último não era fornecida suficiente informação *ex ante* que lhe permitisse saber ele próprio que ele era o “Sr. Correcto”. Numa segunda ronda experimental, foi facultado ao Sr. Correcto um conjunto novo de informações, informações essas que consistiam num conjunto de “pistas” quanto à informação privada que o Sr. Errado possuía. Assim (para além de algumas pequenas alterações nos parâmetros entre experiências), procedeu-se à avaliação da quantidade e precisão de informação privada e partilhada que haveria de ser revelada segundo os modelos dispositivo e de inquisitório.

Em traços gerais (e fazendo ressalva ao reduzido número de observações e do facto de estarmos a falar de ambientes controlados), as conclusões reveladas no estudo foram:

-O modelo inquisitorial teve mais sucesso na revelação ao juiz de informações não partilhadas entre as partes;

-O modelo dispositivo foi mais bem-sucedido na revelação, ao juiz, de informação partilhada entre as partes;

⁹⁵ MICHAEL K. BLOCK, “*An Experimental Comparison of Adversarial versus Inquisitorial Procedural Regimes*”, *American Law and Economics Review*, Vol. 2, Nº 1, 2000, págs. 170-194.

-Em ambos os casos, a precisão acompanhou proporcionalmente a quantidade de informação revelada.⁹⁶

Este estudo pode dar-nos algumas luzes no momento de elencar as vantagens e desvantagens de cada modelo (embora apenas uma observação absolutamente ilimitada – a nível de informação disponível – de um grande número de casos reais pudesse dar respostas inequívocas), contudo, temos consciência de que a realidade empírica nem sempre carrega o peso suficiente para quebrar práticas estabelecidas ao longo do tempo. Não é nossa função dizer se uma forma de Processo Civil é melhor que a outra; porém, quando escutados alguns autores e quando observada a evolução ao longo do tempo, vemos que o sistema adversarial tem cada vez mais bebido dos seus congéneres de *civil law*, demarcando-se gradualmente, à boleia de vários mecanismos, de uma absoluta responsabilidade das partes em conduzirem o processo, por um lado, e de um juiz absolutamente passivo, por outro. SWARD elencava já em 1989 um conjunto de necessários remédios processuais (*e.g.*, *discovery*, *case-management*, peritos apontados pelo tribunal, etc.)⁹⁷ que, dada a sua existência, comprovavam as limitações do processo civil adversarial, assente quase em absoluto na vontade e capacidade das partes. Não parece causar significativa celeuma, observada esta tendência (ou até mesmo necessidade) do processo de *common law* se abastecer de remédios para colmatar as suas carências (por vezes tomando inspiração no seu congénere de *civil law*), a afirmação de que aquela mesma tendência é reveladora das limitações, se não do processo em si mesmo, ao menos da ideologia que o sustenta.

Parece-nos que o *amicus curiae* é, no seio da *common law*, bipartido, tendo cada uma das partes relação directa com as duas características que neste capítulo apontámos. Por um lado, considerando o potencial valor legal de uma decisão judicial, aplicável em todos os casos semelhantes, faz sentido que (à falta de melhor palavra) a comunidade seja ouvida antes de se proceder a uma decisão que dirá respeito não só às partes mas também aos indivíduos que se vejam numa situação semelhante (numa lógica semelhante à do processo legislativo). Uma crítica dirigida a essa função do *amicus curiae* seria uma crítica aos desenhos judicial e legislativo na sua globalidade e não é essa a questão que aqui nos traz.

⁹⁶ *Ibid.*, págs. 177-184.

⁹⁷ ELLEN E. SWARD, *Op. cit.*, págs. 327-346.

Num segundo momento, entendemos que faz o *amicus curiae* parte de um elenco de remédios processuais que tem como objectivo colmatar as carências do sistema e estender ao juiz um auxílio que aquele (em determinados casos) necessita por via dos poderes que (não) lhe são concedidos, nomeadamente, no específico momento do apuramento da verdade. Num momento posterior do nosso trabalho teremos oportunidade de desenvolver esta questão, num intuito de enquadrar estas informações no nosso próprio Processo Civil. Contudo, vemo-nos desde já compelidos a deixar assente, no nosso entendimento, a estreita relação entre o *amicus curiae* e o Processo Civil de *common law*, relação essa que não estamos certos que seja possível transplantar para um habitat distinto, o Processo Civil por nós adoptado, de *civil law*. Assim, revelar a utilidade do *amicus* não basta. É necessário revelar a utilidade num específico contexto, tarefa que servirá de base às nossas conclusões finais.

4 – AS CARACTERÍSTICAS DO *AMICUS CURIAE*

Ao longo das nossas leituras, discussões e audições sobre o *amicus curiae* fomos sentindo um certo grau de desconforto relativamente à singular figura do “*Amicus Curiae*”. Melhor seria que nos referíssemos à sua forma plural, aos *amici*, aos “amigos da corte” (ainda que retiremos da nossa própria utilização da forma singular um certo grau de ironia). Antes de dissecar a questão, expliquemos da forma mais sucinta possível o nosso desconforto: há registo de uma imensidão de diferentes *amici* e, ao lado destes, outros ainda poderíamos conceber.

MOHAN elenca quatro *amici* distintos (*classic, intervening good-samaritan, supportive, political*);⁹⁸ ANDERSON por sua vez aponta seis diferentes tipos de *amici* (*governmental, court’s lawyer, invited friend, friend of a party, independent friend, near intervenors*);⁹⁹ KEARNEY & MERILL apresentam três distintos modelos decisórios que afectam e que por essa razão multiplicam os vários tipos de *amici* que podem surgir no processo.¹⁰⁰

Julgamos que é também nossa função ser um filtro de informação, absorvendo o máximo possível para que possamos então verter numa primeira fase, de forma isenta e rigorosa, a realidade dos factos e numa segunda, já de forma abertamente parcial, aquele que é o nosso entendimento. Compreendemos que, como em muitas áreas do Direito, a análise dos factos não é linear e que muitas das decisões tomadas ao longo do tempo (sejam elas de pendor normativo, doutrinal ou jurisprudencial) se ligam umbilicalmente ao nosso conjunto de valores. Entendemos também que só o confronto com o efeito das decisões tomadas pode ser a única forma absolutamente inequívoca de convencer alguém da relação causa-efeito das suas opções tomadas (embora cada vez mais se observa uma manifesta dificuldade dos sujeitos em admitirem opiniões contrárias às suas).

Teve este pequeno parágrafo como função ser antecâmara daquelas que são as características que definem o *amicus curiae* (ou *amici*) e que devem ser alvo de tomadas de posição favorável ou contrárias antes de se poder falar na construção de uma solução

⁹⁸ S. CHANDRA MOHAN, *op.cit.*, págs. 14-23.

⁹⁹ HELEN A. ANDERSON, “*Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae*”, *University of Richmond Law Review*, Vol. 49, 2015, págs. 374-384.

¹⁰⁰ JOSEPH D. KEARNEY & THOMAS W. MERRILL, *op. cit.*, págs. 774-787.

normativa. A saber: o carácter (in)voluntário, a (im)parcialidade e o objecto da intervenção (aos quais se juntam os poderes e deveres de cada solução adoptada). A oscilação de cada um destes parâmetros terá como resultado uma diferente solução final adoptada e, tal como acontece com os jogos de sorte, cada chave escolhida terá o seu desfecho. Discutir uma específica forma de *amicus* num ordenamento jurídico, num seu Processo Civil, pode ser desadequado; já a mesma “chave”, a mesma fórmula, pode revestir-se de utilidade num ordenamento distinto.

4.1 – A Voluntariedade

A primeira das características que exige uma tomada de posição quanto a uma qualquer construção normativa da figura é também aquela que no nosso entender, no contexto do nosso Processo Civil, imediatamente abre ou fecha a porta ao eventual carácter inovatório da figura. Assim, o *amicus curiae* só pode chegar ao processo de duas formas: voluntariamente, sem que ninguém o convoque ao processo, sendo somente sua a prerrogativa de trazer ao pleito as informações que aquele julga relevarem; involuntariamente, quando convocado por outrem ao juízo.

Ambas as hipóteses levantam as suas próprias questões subsequentes e ambas, de forma distinta, afectam a restante composição da figura nas características que previamente elencámos. Vejamos a primeira solução possível, a de um *amicus curiae* voluntário, que vem ao processo por sua própria iniciativa.

Esta primeira fórmula é a que nos dias de hoje se encontra em vigor nos EUA, mais concretamente na sua última instância que é o *Supreme Court*.¹⁰¹ Previamente tivemos já a oportunidade de analisar as práticas norte-americanas pelo que esta é apenas uma referência com o intuito de fazer um contraponto entre as distintas soluções possíveis de “estímulo interventivo” do *amicus curiae*. Assim, a solução é a seguinte: num processo decorrente entre as partes *A* e *B*, o *amicus X*, por sua própria iniciativa apresenta a sua própria contribuição para o processo. O que nos interessa agora não é discutir que tipo de contribuição é essa, se a achamos adequada ou não, apenas nos interessa analisar o “veículo volitivo” que leva o *amicus curiae* à barra do tribunal.

¹⁰¹ *Rules of the Supreme Court of the United States, Rule 37.*

Entre nós, como sabemos, esta solução é absolutamente inexistente. Não deixa contudo de existir uma figura que partilha de uma volição semelhante, a saber, a figura da intervenção (espontânea) de litisconsorte.¹⁰² Este interveniente não é arrolado por qualquer uma das partes nem é convocado *ex officio* pelo juiz. A sua intervenção não só não é obrigatória como é voluntária no sentido em que é seu e só seu o ónus de se apresentar perante o tribunal – como se infere do vocábulo “pode” – para a defesa dos seus interesses (concretização do voluntarismo que rege o nosso processo, limitando-se às partes, por via do princípio do pedido, a iniciativa processual).

Sem grande esforço de substanciação doutrinal se observa uma inicial semelhança entre as duas figuras apontadas. Contudo, só nesse momento inicial se observam tais aproximações dado que, independentemente do entendimento que se tenha da figura, parece haver um consenso de que – pelo menos em teoria – o *amicus curiae* não é nem deve ser parte no processo, coisa que o interveniente voluntário, tal como o definimos, é verdadeiramente.

Concluindo a exposição desta primeira característica, retenha-se o seguinte: a intervenção do *amicus curiae* pode ser de natureza voluntária/espontânea ou involuntária/por convocação; este seu *animus* enquadra toda a natureza das restantes características.¹⁰³

4.2 – A (Im)Parcialidade do *Amicus Curiae*

Até este ponto o *amicus curiae* subsiste de forma relativamente pacífica, sem afrontar sobremaneira qualquer outra figura do nosso Processo Civil. Porém, com o aprofundar da construção da figura, o problema central do nosso estudo começa também a adensar-se sob a forma de uma questão: que espaço de utilidade resta ao *amicus* no nosso Processo Civil?

Historicamente (demonstrámos já) o *amicus curiae* teve-se como um terceiro tendencialmente imparcial, sujeito que se aproximava da barra do tribunal para verdadeiramente auxiliar o juiz, *e.g.* alertando-o para conluíus entre as partes, informando-

¹⁰² Arts. 311º ss., CPC.

¹⁰³ Teremos oportunidade de posteriormente demonstrar a existência soluções alternativas para a chegada do *amicus curiae* ao processo, soluções essas que passam pela sua convocação por parte do juiz, sendo então sua a prerrogativa de contribuir ou não com as suas declarações.

o de decisões de outros tribunais para casos semelhantes, trazendo-lhe ao juízo eventuais peças legislativas possivelmente obscuras mas ao caso aplicáveis... Historicamente, repetimos, está mais que estabelecido o benevolente ou ao menos inócuo perfil do *amicus curiae*.

Porém, ao nosso estudo e sobretudo à nossa crítica nada importa reescrever a história, interessa sim olhar para a realidade actual e futura. Fácil seria olhar para a realidade da maior “placa de Petri” (*in casu*, os Estados Unidos) em que ao *amicus* lhe foi permitido desenvolver-se e simplesmente afirmar “não há *amici* imparciais”. A propósito da realidade norte-americana já esclarecemos que a legislação existente não só legitima como promove a parcialidade do *amicus curiae*. Contudo, espaços distintos merecem a nossa atenção, como é o caso da ordem jurídica brasileira.

A difusão desta figura no Brasil faz com que, naturalmente, a doutrina que a sustenta seja tendencialmente mais rica, não só em quantidade mas também em qualidade, com um cada vez maior número de autores que se dedicam a estas matérias. No nosso estudo, constatamos porém com alguma surpresa o pelo menos aparente consenso doutrinal quanto à aceitação da figura. No entanto, se alargada é a aceitação doutrinal do *amicus curiae* na ordem jurídica brasileira, díspar é a racionalidade que lhe dá força. De facto, não podemos deixar de constatar uma certa confusão que tantas vezes se retira das entrelinhas dos textos dedicados à voraz defesa do “amigo da Corte”.

O nosso contributo quanto ao esclarecimento do imbróglio opinativo versa sobre a tendencial anexão de três conceitos díspares mas que geralmente andam de mãos dadas nos escritos dos autores brasileiros: a parcialidade (ou falta de) do *amicus curiae*, os interesses que este defende e a legitimação democrática das decisões judiciais.

ANTONIO DO PASSO CABRAL defende afincadamente que “o amigo da Corte deve representar um gatilho de participação popular (...) a todo o caso que houver interesse público envolvido, (...) prestando o instituto, ainda, para ampliar a manifestação processual a indivíduos, órgãos e entidades (...), em casos nos quais em discussão elementos e dilemas universais.”¹⁰⁴ Nesta tomada de posição, entendemos que de forma subjacente se torna inegável uma forma parcial de *amicus curiae*, absolutamente legítima

¹⁰⁴ ANTONIO DO PASSO CABRAL, *op.*, pág. 23.

no nosso entender, como seria, pelo menos em diálogo académico, qualquer outra construção normativo-doutrinal da referida figura. Aliás, quando se fala em “interesse público” como legitimador da participação do *amicus* no processo,¹⁰⁵ o sinalagma interesse-parcialidade está estabelecido e, salvo eventual abjuração das proferidas opiniões, não nos parece possível defender simultaneamente a imparcialidade e o interesse em participar no processo.

Ainda que em notas soltas se possam encontrar resquícios de uma infundada tentativa de preservação histórica de uma necessária imparcialidade do *amicus*, é com agrado que notamos a racionalidade da maioria da doutrina brasileira quando se afasta de tal defesa, que, a nosso ver, seria apenas radicada em utópicos valores desajustados da realidade e necessidades processuais actuais. Mas defesa da imparcialidade existe ainda,¹⁰⁶ não nos iludamos. SCARPINELLA BUENO, conclui que, dada a falta de raiz etimológica da expressão *amicus curiae*, dada a sua carência de referencial histórico na ordem jurídica brasileira, mais útil seria aproximá-la de figuras já existentes, de forma a completar e complementá-las: em maior escala a de “fiscal da lei”, numa aproximação às funções do Ministério Público; numa menor escala, de perito ou outro meio de prova análogo.

Neste ponto o nosso desconforto intelectual guia-nos a escrita. Ponto primeiro: aproximar o *amicus curiae* simultaneamente do Ministério Público e do perito significa que simultaneamente se defende a sua parcialidade e a sua imparcialidade. O MP defende e acusa, toma posição, intervém no processo activamente com o intuito de o levar no sentido que julga devido, perante os factos que investiga e dos quais toma conhecimento. O perito não pode nem deve *a priori* defender uma posição, partir para a sua actividade movido segundo pré-juízos; fá-lo-á indirectamente, por via da implicação das suas declarações, porém, o seu *animus* é o de esclarecimento, não de convencimento, bastando-lhe a apresentação das suas conclusões ao juiz para ver o seu propósito satisfeito. Ponto segundo: não se pode ser árbitro do seu próprio jogo. Alegar que o *amicus curiae* serve as funções de “fiscal da lei” e ao mesmo tempo de “representante desses interesses que existem na sociedade e no Estado («fora do processo», portanto) mas que serão afetados,

¹⁰⁵ *Ibid.*, pág. 24.

¹⁰⁶ CASSIO SCARPINELLA BUENO, “*Amicus Curiae no Projeto de novo Código de Processo Civil*”, *Revista de Informação Legislativa*, 190, Ano 48, Abr.-Jun., 2011, pág. 114.

em alguma medida, pela decisão a ser tomada «dentro do processo»¹⁰⁷, é defender a coisa e o seu contrário, é chamar a si o melhor de dois mundos: controlar o jogo e que peças entrem em campo.¹⁰⁸

A nossa posição quanto à imparcialidade do *amicus curiae* nos dias de hoje é simples: não existe nem é intelectualmente honesto por ela clamar. Os sujeitos processuais que se pautam pela imparcialidade estão bem definidos no nosso (e na globalidade do) Processo Civil (e para eles olharemos posteriormente). Toda e qualquer figura que se envolva num pretensio manto de imparcialidade, de benevolente amparo da função do juiz ou já existe ou, a existir, certamente não será sob a forma de um *amicus curiae*. Ainda que a doutrina ou o legislador o queira conceber como imparcial, a realidade vem de há muito a esta parte chocando de frente com esta concepção, pelo que ainda não nos foi possível achar exemplos hodiernos de um *amicus* absoluta e realmente imparcial. Deixemos bem claro este ponto: a nossa crítica não se dirige à imparcialidade do *amicus curiae*, dirige-se sim à pretensa imparcialidade de que parte da doutrina o tenta revestir quando na verdade não só essa não existe como não preenche qualquer utilidade arguir essa característica. Parece-nos inclusivamente que, tentar associar uma pretensa neutralidade/imparcialidade a um instituto que não segue esse caminho é tentar encobrir certas lacunas na sua construção ou nos seus objectivos.

4.3 – O Objecto da Intervenção

Resta-nos desenvolver a última característica do elenco que avançámos previamente a propósito da construção conceptual de uma específica forma de *amicus curiae*. Sem desnecessárias qualificações, apresentamos doze formas possíveis de encarar o *amicus*. Porém, quando cedemos às pretensões que alguns autores mantêm, veremos que não há apenas doze formas possíveis mas sim (pelo menos) dezasseis. (Ver Fig. 1) Tenha-se em conta que apenas nos referimos aqui aos traços gerais da figura pois, obviamente, qualquer hipotética *nuance* normativa imaginável (nomeadamente a combinação ou

¹⁰⁷ *Ibid.*, pág. 114.

¹⁰⁸ Outros autores brasileiros servem-se da expressão “*fiscal da lei*” para se referirem à figura do *amicus curiae*, quando analisando as funções que este desempenha. E. g.: MARCELO NEGRI SOARES & CAMILA GENTIL WINKLER, “*Amicus Curiae no Brasil: um terceiro necessário*”, *Revista dos Tribunais*, Vol. 953, 2015, pág. 204.

incorporação de mais que uma solução para cada parâmetro) permitirá alcançar um número quase infinito de *amici curiae* positivados.

Quando falamos dos três objectos de intervenção – a saber, o conhecimento de facto, de direito e técnico – baseamo-nos em primeiro lugar na visão prática daquilo que é o Processo Civil, uma discussão assente nestes três pilares (sendo a ciência técnica a que partilha um espaço entre as outras duas, mas tendo ainda assim o seu ambiente próprio); em segundo lugar, naquela que é a descrição que os diversos autores apontam à figura do *amicus curiae*. Porém, é aqui que o caso se embica mas também que se torna mais interessante: mediante o autor que apontemos, diferente será a sua concepção do contributo que o *amicus* pode dar ao julgamento.

Para DE FRANCHIS “*L’amicus curiae è una persona fisica o giuridica o una associazione che, (...) offre al giudice pareri su questioni di diritto o di altro genere ai fini della giusta soluzione del caso.*”¹⁰⁹ Poder-se-á subentender destas palavras que o *amicus* é um terceiro que, em primeira linha, contribui para o esclarecimento das questões de direito e eventualmente questões de outra natureza. Esta qualidade de auxiliar nas questões de direito não é nova e já BOUVIER a ela se referia no séc. XIX, a propósito da definição de *amicus curiae* por si apresentada: “*A friend of the court. 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; (...)*”¹¹⁰

Facilmente conseguimos encontrar positivada a possibilidade da contribuição de Direito (ainda que nem sempre no âmbito do Processo Civil). Exemplo disso é o artigo 5º da Lei 9.469/97 de 10 de Julho de 1997 (brasileira), referente à actuação como *amicus curiae* por parte da União Federal, quando diz:

“*A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.*

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir,

¹⁰⁹ FRANCESCO DE FRANCHIS, *Digesto delle Discipline Privatistiche*, 4ª Ed., Vol. I, 1987, pág. 301.

¹¹⁰ JOHN BOUVIER, *Bouvier’s Law Dictionary and Concise Encyclopedia*, 3º Rev., 8ª Ed., Vol. I, 1914, pág. 188.

independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.”

Mas nem só de direito vive o processo e, nesse sentido, autores existem em contraponto com os primeiros que entendem os *amici* como contribuidores de facto. Tomemos BRAMBILLA & OLIVEIRA como exemplo:

“Em suma, pode-se consolidar posicionamento no sentido de que o amicus curiae é aquele que, com ou sem interesse na causa, informa a corte sobre quaisquer questões jurídicas ou fáticas no sentido de auxiliá-la a prolatar a decisão mais correta possível, seja atuando em defesa de determinados direitos, de seus interesses institucionais ou apenas com o fito de auxiliar o juiz.”¹¹¹

O entendimento do *amicus* como sujeito que contribui com factos para o processo é, em si mesmo, uma questão de facto, não de opinião. A sua actividade enquanto tal está documentada desde há pelo menos um século a esta parte, podendo a sua origem ser apontada com relativa precisão. Ainda que engrandecido ao longo do tempo quanto ao seu verdadeiro papel e importância, o “*Brandeis Brief*”¹¹² recolhe para si o título de primeiro grande *amicus brief* factual, quase em absoluto desprovido de argumentação legal. O caso em juízo veio no seguimento de um caso previamente decidido também pelo *Supreme Court*, *Lochner v. New York*,¹¹³ em que se estabeleceu a protecção que a Constituição atribui ao direito à liberdade contratual. Nesse sentido, invalidou o Tribunal uma lei estadual que limitava a actividade dos padeiros a dez horas por dia, sessenta por semana.¹¹⁴

¹¹¹ PEDRO BRAMBILLA & JOSÉ DE OLIVEIRA, “A Figura do Amicus Curiae no Ordenamento Jurídico Pátrio e a Possibilidade de sua Atuação em Defesa de Direitos da Personalidade Frente ao Novo Processo Civil Brasileiro”, *Revista de Processo, Jurisdição e Efectividade da Justiça*, Vol. 2, Nº 2, Jul.-Dez., 2016, pág. 173.

¹¹² *Muller v. State of Oregon*, 208 US 412, 1908.

Pode o *amicus brief* ser consultado integralmente em:

<https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-brandeis-brief-in-its-entirety>

(consultado a 3 de Maio de 2018).

¹¹³ 198 US 45, 1905.

¹¹⁴ DAVID E. BERNSTEIN, “*Brandeis Brief Myths*”, *The Green Bag: An Entertaining Journal of Law*, Vol. 15, Nº 1, Outono 2011, pág. 9.

Contestada judicialmente à época uma norma do Estado de Oregon que restringia o número de horas de trabalho, Brandeis, em defesa dessa mesma norma apresentou um *amicus brief* com uma estrutura argumentativa consideravelmente distinta das clássicas intervenções baseadas em citações legais: duas páginas de considerações legais, cento e duas de considerações fácticas.¹¹⁵ Ainda que baseada em “ciência” largamente refutada nas décadas subsequentes, esta argumentação de carácter sociológico (baseada nas investigações da sua própria cunhada, Josephine Goldmark, a propósito dos efeitos nefastos para a saúde das mulheres causados pelas longas jornadas de trabalho) colheu inquestionáveis frutos no caso em concreto mas deixou também sementes para toda a argumentação que haveria de vir contida nos *amicus briefs* das décadas futuras.

Com este recorte histórico pretendemos ilustrar a existência, não só hipotética ou doutrinal, de um *amicus* fáctico, que surge no processo com o intuito primário de apresentar factos ao juiz, factos esses que, na sua óptica, são relevantes para um devido ajuizar da causa. E essa existência (como já tínhamos demonstrado) observa-se com maior premência no ordenamento jurídico de maior disseminação do *amicus curiae*, o norte-americano.

Olhando para o esquema que apresentámos, fica-nos a faltar olhar para o último (para já) tipo de contribuição de ciência que o *amicus curiae* pode trazer ao processo, *in casu*, o conhecimento técnico.

A contribuição técnica do *amicus curiae* é apontada também por alguns autores brasileiros como a sua razão de ser, a função que leva aquele ao processo. DIDIER JR. afirma o seguinte:

*“É o Amicus Curiae um auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio Amicus Curiae, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado.”*¹¹⁶

Poderíamos achar que o elenco está por esta altura encerrado e que nenhuma outra forma de *amicus* seria possível conceber. Ainda que excluindo formas, no nosso entender,

¹¹⁵ ALLISON ORR LARSEN, *op. cit.*, págs. 1769-1770.

¹¹⁶ FREDIE DIDIER JR., *Ações Constitucionais*, 2ª Ed., 2007, pág. 367.

desnecessárias de subclassificação da figura (como sendo o seu carácter público ou privado, singular ou colectivo, *etc.*), somos ainda brindados com uma última forma contributiva do *amicus curiae*, a de “portador dos diversos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado (...)”¹¹⁷, com o intuito de chegar à – no nosso entender – infeliz expressão (pelo conjunto de razões que teremos oportunidade de elencar) de SOARES & WINKLER, “produção de soluções mais rentes ao clamor social”.¹¹⁸

Mantendo-nos no ordenamento Brasileiro, o legislador daquele país inclui já a figura do *amicus curiae*, de forma genérica, no seu Código de Processo Civil, tendo disposto o seguinte:

“CAPÍTULO V

DO AMICUS CURIAE

Art. 138º

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.”

¹¹⁷ CASSIO SCARPINELLA BUENO, *Op. Cit.* 8, pág. 114.

¹¹⁸ MARCELO NEGRI SOARES & CAMILA GENTIL WINKLER, *Op. Cit.* 10, pág. 206.

Desde logo não se define o objecto de intervenção (de Direito, de facto ou técnico) do *amicus curiae* pelo que, salvo referência em contrário, teremos sempre de admitir que o legislador brasileiro quis deixar a porta aberta a qualquer tipo de contribuição por parte do *amicus*. Continuamente nos relembramos da estrutura que adoptamos para o nosso escrito reservando para um momento final a maior fatia da apreciação crítica do material recolhido e a subsequente apresentação de propostas e conclusões, pelo que, também reservamos para um momento futuro a específica análise da solução adoptada pelo legislador brasileiro.

Importa porém apreciar especificamente algumas questões que neste capítulo levantámos. A estruturação do *amicus curiae* que aqui apresentámos parece-nos a mais adequada porque reduzida aos seus parâmetros essenciais, não se dispersando em critérios (ainda que existentes) secundários ou terciários. Nesse sentido, não serve este parágrafo para defender uma qualquer forma específica de construção doutrinal ou normativa de *amicus curiae* para o Processo Civil, sendo que, em boa verdade, tanto valeria um *amicus curiae* que preenchesse todos aqueles ramos como um de carácter mais limitado. A nossa crítica contudo, especialmente dirigida à doutrina e legislador brasileiros, é a seguinte: o *amicus curiae* não é uma solução onnipotente. O que queremos dizer com isto? Dizer-se do *amicus curiae* que serve para, entre outros: trazer a todo e qualquer processo toda e qualquer questão, não ser parte mas poder recorrer das decisões, “legitimar democraticamente” as decisões, fiscalizar a lei, a sua aplicação e interpretação, esclarecer e guiar o juiz, comunicar os “interesses da sociedade”, prestar apoio técnico, esclarecimento fáctico... No fundo, de que não é capaz afinal o *amicus curiae*? Observamos com profunda desconfiança um deslumbramento sistémico dos autores brasileiros com os quais nos cruzámos quanto a esta questão e, se não nos incomoda sobremaneira a difusão do apoio à figura, incomoda-nos sim que não consigamos encontrar uma única linha dedicada ao apontar das carências ou dos problemas do mecanismo.

Para memória futura, deixamos ainda aquela que nos parece ser uma característica (para nós problemática) cada vez mais observável na sociedade e por consequência na justiça: a postura de certos indivíduos que detêm uma opinião sobre toda e qualquer questão e que simultaneamente arrogam para si um direito de a sociedade prestar permanente atenção às suas palavras. Lamentavelmente, observamos no *amicus curiae* (em

teoria e na prática) tal filosofia, a defesa de interesses e posições próprias, sob a máscara de uma alegada representação de interesses da comunidade. Esta questão dos “meta-interesses”, dos interesses supraindividuais, está bem definida na doutrina já há largos anos (pense-se no ambiente ou saúde pública), não sendo nada de novo que o *amicus curiae* advogue. O problema está sim no contínuo alastrar desta imiscuição da colectividade em interesses privados. Mais: observa-se, na defesa do *amicus curiae* e da sua actuação, uma cada vez maior tendência para tornar a sala de audiência um fórum público. Não menosprezando a importância de que se ouça o “clamor social”, é importante que se tenha sempre em conta a função primária, antes de qualquer outra, do Processo Civil que é justa composição do litígio, o dirimir do litígio que mantém as partes em conflito.

5 – *AMICUS CURIAE*: INSTRUMENTO OU SUJEITO?

O processo é uma máquina bem oleada, composta por um vasto conjunto de peças ligadas entre si, combinando esforços no sentido de atingir o mesmo fim: no caso do Processo Civil, a justa composição do litígio. Poderia ainda dizer-se que este encadear de peças comporta duas dimensões distintas: por um lado, permite-se alcançar um fim só desta forma alcançável; por outro lado o processo concede às peças envolvidas uma natureza a si inerentemente ligada. Mas, o que queremos dizer com esta segunda afirmação? A melhor forma de responder a essa questão é por via de exemplos. Considere-se um sujeito, um qualquer sujeito. Falamos de um indivíduo que por qualquer parâmetro leva uma vida normal, não fugindo ao que se espera de um indivíduo na sua situação: o Homem Médio. O Homem Médio tem interesses, tem direitos, tem deveres e tem uma existência que se manifesta sob dimensões várias, sejam elas física, mental, espiritual, cultural, sociológica ou qualquer outra que possamos conceber. Ao Homem Médio basta-lhe existir para ser sujeito. Imaginemos agora que esse sujeito se vê confrontado com uma qualquer quezília com um terceiro, necessitando esse imbróglio de resolução. Para o Processo, este sujeito é ainda um estranho, alheio às suas funções e razão de ser. Porém, quando o Homem Médio recorre à actividade do tribunal para dar solução ao seu litígio, o sujeito ganha uma nova dimensão, tomando a forma de parte no processo. O mesmo vale para o autor e para o réu: assim que inseridos na dinâmica do processo, os sujeitos não perdem as suas anteriores dimensões, “ganhando” apenas uma nova.

O mesmo raciocínio vale não só para sujeitos mas também para objectos. Considere-se um qualquer documento, esquecido numa gaveta de uma qualquer secretária. Digamos que esse documento escrito toma a forma de um diário de alguém já falecido que, em determinadas páginas, relata a oferta de um valioso colar em meados do século passado, colar esse que é hoje alvo de uma disputa quanto à sua legítima propriedade. Se tal documento nunca for encontrado ou se tal documento nunca for trazido ao processo, ele, enquanto um livro de pele e papel, composto por um determinado número de páginas inscritas a tinta azul ou preta não deixa de ter uma existência real. Contudo, tal objecto só releva, só se torna em “engrenagem” no processo quando a ele for trazido, ganhando aí nova dimensão: prova.

A lógica de que os sujeitos processuais e as provas têm uma estrita ligação a um concreto e determinado processo é irrefutável e essa circunscrição só pode ser estendida até onde deixe de se observar uma relevância daqueles para o processo X. É perfeitamente possível que um sujeito seja autor num processo civil, testemunha num processo penal e réu num processo que decorra num tribunal administrativo; é perfeitamente possível que um documento tenha força probatória em mais que um processo. Porém, cada uma dessas capacidades é limitada a processos específicos, sejam eles o processo X, Y ou Z, independentemente do seu âmbito.

Contudo, qual é a relevância desta exposição para a específica temática do *amicus curiae*? Pois bem, para esclarecer essa dúvida temos de dar antes resposta a uma questão de fundo que é esta: o *amicus curiae* é um meio que toma a forma de um sujeito ou é um sujeito que surge no processo enquanto tal? Independentemente da hipótese, não há novidade em qualquer uma das formas. Vejamos: a testemunha é um meio de prova, porém falamos aqui de um sujeito, de um ser humano, não já de um qualquer objecto físico ou legal (o mesmo valendo para o perito); o mesmo vale no sentido contrário já que os sujeitos processuais surgem nesse mesmo processo por via das suas características absolutamente pessoais e insubstituíveis (como o réu e o autor mas também como a testemunha, que apresenta assim este carácter dual), ou seja, antes de terem relevância para o processo existem já como pessoas (físicas ou jurídicas, quando falamos de pessoas colectivas).

Este é assim outro dos pontos centrais do nosso estudo, quer para uma construção doutrinal da figura do *amicus curiae*, quer para um enquadramento ou afastamento do conceito do nosso modelo de Processo Civil. É importante lembrar, a propósito deste capítulo, aquilo que já anteriormente referimos a propósito das características do *amicus*, especialmente no tocante ao objecto de intervenção, já que neste momento da nossa tese é feita também a ponte entre a forma e o conteúdo da contribuição que aquele pode dar ao processo. Quer isto dizer que, apesar da ciência comportada pelos *amici*, a classificação deste terá de ser depurada num confronto a dois tempos: por um lado, com as partes e os terceiros do Processo Civil; por outro, com os meios de prova elencados no nosso CPC. As questões assim a responder são: em qual destas categorias se pode inserir o *amicus* (ou se em nenhuma delas) e quão útil pode ele ser. Dado o absolutamente necessário carácter

crítico-apreciativo da segunda questão, a ela daremos resposta no espaço reservado às conclusões e apreciações pessoais, no momento final da nossa obra.

5.1 – Os Sujeitos do Processo Civil

Directa ou indirectamente, um vasto número de sujeitos contribui para o desenrolar do processo e, se uns se observam facilmente, outros têm uma presença mais reservada (ainda que absolutamente essencial). Apesar deste extenso elenco de personagens, observa-se um equilíbrio de tarefas, de utilidade e de necessidade, de tal forma que não é fácil observar atropelos ou redundâncias de funções no Processo Civil. Quer isto dizer que não só o juiz, as partes ou os advogados mas também os oficiais de justiça, os peritos, as testemunhas, o escrivão ou qualquer indivíduo que tenha ligação ao processo traz algo de único e essencial. É no entanto necessário fazer a ressalva de que quando falamos do carácter único da contribuição de cada um dos sujeitos envolvidos no processo, falamos de uma perspectiva abstracta, referente a qualquer processo. No particular, diferentes sujeitos podem ter a mesma contribuição (pense-se no caso em que várias testemunhas corroboram a mesma história), porém aquilo que aqui nos interessa é o que os vários sujeitos concebidos podem trazer ao processo: não a testemunha *X* mas toda e qualquer testemunha; não o perito *Y* mas todo e qualquer perito.

Já analisámos previamente os diferentes tipos de contribuição que o *amicus curiae* pode trazer ao processo e, mesmo que não tenhamos ainda defendido (ou afastado) qualquer tipo em específico, podemos pelo menos simplificar e resumir a eventual contribuição da figura como uma de ciência, de transmissão ao tribunal de eventuais informações e/ou percepções que aquele detém ou mantém. Este é assim um bom ponto de partida quer para a enumeração quer para o confronto entre sujeitos processuais, ou seja, aqueles que contribuem para o ajuizar da causa por via das informações que detém.

Por razões óbvias (não só mas também) que extravasam a mera qualidade de ciência útil ao julgamento, um vasto número de “actores” no processo é excluído de um confronto de utilidade com mais (como é o caso do juiz) ou menos (como seria o papel do advogado) facilidade pelo que não se nos afigura relevante elencar todo e qualquer indivíduo que realize alguma actividade ligada ao processo. Assim, concentraremos a nossa atenção num número restrito de sujeitos, sujeitos esses que nos são possíveis de

aproximar (pelo menos conceptualmente) à figura do *amicus curiae*; a saber: as partes, a testemunha e o perito.

A propósito da diferenciação entre as partes e os restantes sujeitos elencados, tomemos como ponto de partida o conceito de legitimidade, como concebido no artigo 30º do CPC:

“Artigo 30º

Conceito de Legitimidade

1 - O autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar; o réu é parte legítima quando tem interesse direto em contradizer.

2 - O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da ação e o interesse em contradizer pelo prejuízo que dessa procedência advenha.

3 - Na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor.”

Por sua vez, atentemos no disposto no artigo 495º do CPC, a propósito de quem pode depor como testemunha:

“Artigo 495º

Capacidade para depor como testemunha

1 - Têm capacidade para depor como testemunhas todos aqueles que, não estando interditos por anomalia psíquica, tiverem aptidão física e mental para depor sobre os factos que constituam objeto da prova.

2 - Incumbe ao juiz verificar a capacidade natural das pessoas arroladas como testemunhas, com vista a avaliar a admissibilidade e a credibilidade do respetivo depoimento.”

Por último, façamos referência à disposição referente à identidade do perito, a saber, o artigo 467º do CPC:

“Artigo 467º

Quem realiza a perícia

1 - A perícia, requerida por qualquer das partes ou determinada oficiosamente pelo juiz, é requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não seja possível ou conveniente, realizada por um único perito, nomeado pelo juiz de entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte.

2 - As partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundamentadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência.

3 - As perícias médico-legais são realizadas pelos serviços médico-legais ou pelos peritos médicos contratados, nos termos previstos no diploma que as regulamenta.

4 - As restantes perícias podem ser realizadas por entidade contratada pelo estabelecimento, laboratório ou serviço oficial, desde que não tenha qualquer interesse em relação ao objeto da causa nem ligação com as partes.”

Feitas as transcrições necessárias, procedamos à análise dos seus conteúdos. Diferente da personalidade e capacidade judiciais,¹¹⁹ abstracta e tendencialmente permanente, a legitimidade processual nasce e morre em função de dois interesses, interesses esses que se traduzem em dois direitos: no caso do autor “*quando tem interesse directo em demandar*”; no caso do réu “*quando tem interesse directo em contradizer*”. Não sendo objecto do nosso estudo a legitimidade processual, não entraremos numa mais detalhada dissecação do conceito. Contudo, há alguns aprofundamentos que se tornam importantes de realizar (para além da interligação permanente de que as partes são-no – partes – porque detêm legitimidade, não acompanhando esta qualquer outro sujeito processual): *in casu*, os conceitos, por um lado, de eficácia da sentença e por outro de interesse directo.

¹¹⁹ Arts. 11º ss., CPC.

Recuando um pouco às palavras que redigimos previamente, por forma a enquadrar os conceitos anteriormente referidos, ressoamos as palavras de PAIS DE AMARAL:

“(...) o autor é o titular do direito e que o réu é o sujeito da obrigação, considerando que o direito e a obrigação na verdade existam.

Assim, a parte terá legitimidade como autor, se for ela quem juridicamente pode fazer valer a pretensão perante o réu, admitindo que a pretensão tenha existência.

A parte terá legitimidade como réu, se for ela a pessoa que juridicamente se pode opor à pretensão do autor, por ser a pessoa cuja esfera jurídica é diretamente atingida pela providência requerida, se a ação vier a proceder.

Se tal não se verificasse, isto é, se as partes fossem ilegítimas, a decisão que viesse a ser proferida sobre o mérito da causa não teria eficácia, visto que não poderia vincular os verdadeiros titulares da relação jurídica litigiosa, ausentes da lide.

É, portanto, necessário que estejam em juízo, na posição de autor e de réu, as pessoas que são os titulares da relação jurídica controvertida.”¹²⁰

O interesse directo a que se refere o legislador (mas também a consequente eficácia da sentença) releva não só para a diferenciação entre partes e, por exemplo, testemunhas mas também entre partes e *amicus curiae* (se concebido como um *tertium genus*, distinto da figura de parte) – diferenciação essa que será mais notória quando analisarmos a específica questão dos interesses que sustentam a participação deste no processo. Esse interesse directo radica na eventual influência da sentença na esfera jurídica intrinsecamente pessoal da parte (no caso do autor, uma utilidade; no caso do réu, um prejuízo), ainda que indirectamente possa interessar a terceiros, mesmo que esse terceiro seja, imaginemos, uma testemunha arrolada pelo autor para corroborar os factos alegados, testemunha essa que pertence ao agregado familiar daquele.¹²¹

¹²⁰ JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *Direito Processual Civil*, 12ª Ed., 2016, pág. 119.

¹²¹ *Ibid.*, pág. 120.

Porém, sabemos nós também que a legitimidade nem sempre se processa sob um prisma singular, sendo que, a espaços, se concebem casos em que as partes (quer do lado do autor, quer do réu) podem ser de número plural (litisconsórcio ou coligação).¹²²

Litisconsórcio e coligação, ainda que ambas se refiram a casos de pluralidade de partes, quer do lado passivo, quer do lado activo, não são situações semelhantes.

“Quando uma diversidade de partes principais, unidas por um determinado interesse juridicamente relevante, se juntam ou associam para discutir no seio de um mesmo processo uma mesma relação material controvertida gera-se uma situação de litisconsórcio.

(...)

Pluralidade que pode ser inicial ou sucessiva: inicial, se surgida logo, de modo espontâneo, aquando da instauração da ação; sucessiva, se sobrevier após essa propositura, através do incidente de intervenção de terceiros (arts. 311º e ss.).”¹²³

Mas pode ainda este litisconsórcio subdividir-se em duas outras configurações, numa dimensão voluntária (art. 32º, CPC) ou numa dimensão necessária (art. 33º, CPC).

“O termo litisconsórcio traduz a ideia de uma atuação conjunta, concertada ou comum, no seio de uma mesma ação civil, em ordem a adregar uma decisão favorável da lide às partes assim “consorciadas”. Se tal atuação associada for meramente facultativa (por, em princípio, ser permitida a intervenção de apenas uma única parte no processo), tratar-se-á de um litisconsórcio voluntário. Se imposta por lei ou exigida pela própria natureza da relação litigada ou por convecção das partes, deparar-se-á uma situação de litisconsórcio necessário.”¹²⁴

Já a coligação, embora parta também de um número plural de partes, distingue-se do litisconsórcio:

“Ao contrário do que acontece com o litisconsórcio, em que existe uma pluralidade de partes e uma unidade de pedidos, na coligação ou conjunção há uma

¹²² Arts. 32º ss., CPC.

¹²³ FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 2ª ed., 2017, pág. 385.

¹²⁴ *Ibid.*, pág. 386.

*pluralidade de partes e uma pluralidade de pedidos. À unicidade da relação material controvertida (do litisconsórcio) corresponde (na coligação) uma pluralidade de relações materiais litigadas ou controvertidas. A coligação é, assim, permitida «em virtude da unicidade da fonte dessas relações, da dependência entre os pedidos ou da conexão substancial entre os fundamentos destes».*¹²⁵

Antes de se alegar uma hipotética aproximação da figura do *amicus curiae* ao conceito da parte (ou por outro lado a rejeição desta tese), o desenho das possibilidades conceptuais da intrusão dos sujeitos como parte, dotadas de legitimidade processual, é importante para desde logo delimitarmos o seu raio de ação e para garantirmos que essa mesma área não transpõe as de outros sujeitos com intervenção na lide. Desde logo, a testemunha ganha a corrida ao perito no que a esse eventual confronto diz respeito, não só mas sobretudo devido ao facto de, tal como as partes, a testemunha ser insubstituível (o número possível de testemunhas é sempre limitado), tal como acontece com as partes. Já o perito é substituível e, pelo menos em potência, haverá tantos peritos úteis ao processo quanto aqueles que dominem a matéria em causa. Não sendo essa a característica que distingue as partes dos restantes sujeitos, tenhamos esse ponto presente para um momento futuro, de tratamento da específica questão que é a utilidade e, de certa forma, a “legitimidade” (à falta de melhor palavra mas não confundindo com a legitimidade processual, exclusiva das partes) do *amicus* em participar no processo.

Se fizermos o nosso olhar saltar destas páginas para as do Código de Processo Civil, especificamente no respeitante ao que neste ponto estamos a analisar, facilmente daremos conta de que retirámos o art. 31º de qualquer tipo de análise. Não porque nos pareça irrelevante para a nossa tese, muito pelo contrário. Tão central é ao nosso pensamento que a ele dedicaremos redobrada atenção futuramente. Contudo, não conseguimos conceber uma correcta forma de proceder a tal análise sem que descaia para as nossas próprias considerações. Por essa mesma razão, por se falar nesse mesmo artigo da tutela de interesses difusos (tantas vezes de mãos dadas com a actuação do *amicus curiae*, a par dos interesses colectivos, numa misto de confusão e diluição de designações), guardamos essa análise para um posterior momento de observações e críticas pessoais.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 403.

Por ora, no sentido de prosseguir com a construção sistemática, afigura-se-nos de suprema importância elencar e desenvolver as duas figuras de que anteriormente falámos: a testemunha e o perito.

5.2 – Os Meios de Prova

Estabeleça-se de antemão que a boa sentença tem necessariamente de ser a que se radica na verdade dos factos. Se às partes cabe alegar os factos que fundamentam as suas alegações (art. 5º, CPC), se este é um ónus que (tendencialmente) se lhes impõe, verdade é que não assenta (nem poderia assentar) o processo no mero relato que as partes fazem dos factos.

No sentido de atingir a verdade dos factos trazidos à barra do tribunal, o legislador redigiu o nosso Código de Processo Civil de uma forma bipartida: estabeleceu princípios (que a espaços podemos entender como poderes-deveres, *i.e.* o objecto da instrução)¹²⁶ e dotou o juiz de meios para cumprir a sua função (meios de prova, arts. 423º a 526º, CPC). Porém, sabemos que a procura pela justa composição do litígio recai também sobre as partes em dois momentos distintos: um primeiro quando se estabelece a necessidade de as partes recorrerem ao tribunal para “*resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe*” (princípio do pedido, art. 3º nº 1, CPC); um segundo, quando se estabelece o princípio da cooperação – que não só mas também abarca as partes (art. 7º, CPC) – princípio esse que se aprofunda sob a forma de um verdadeiro dever de cooperação para a descoberta da verdade (art. 417º, CPC).

Na busca pela verdade dos factos, dota-se o nosso processo de um manancial de meios de prova, todos atinentes ao mesmo objectivo. Ainda que a finalidade última do processo seja a justa composição do litígio, reduzir o apuramento da verdade dos factos a um papel secundário, meramente instrumental, é redutor. A decisão do juiz tem de ser fundamentada (art. 154º, CPC) e deve referir-se não só às questões de Direito mas também às questões de facto (art. 607º nº 2, 3 e 4, CPC) sob pena de estarmos perante uma sentença tingida de nulidade, quando se encontre em falta qualquer uma dessas dimensões no momento da pronúncia do juiz (art. 615º nº 1, al. b), CPC).

¹²⁶ Art. 411º, CPC.

Definida que está a necessidade de se alcançar a verdade dos factos no sentido de atingir a justa composição do litígio, interessa-nos agora verter a nossa atenção sobre os meios de prova que se nos afiguram relevantes à nossa tese, por forma a estabelecermos entre eles e a figura do *amicus curiae* uma certa comparação, comparação essa que, *a priori*, pode vir a resvalar ou numa aproximação ou num afastamento teórico das figuras em causa. E que figuras são essas? A testemunha e o perito.

O porquê de aqui trazermos apenas a testemunha e o perito tem por base as semelhanças que podemos traçar entre estas e o *amicus curiae*: falamos de sujeitos que prestam a sua contribuição para o julgamento sob a forma de declarações. Desta forma, por razões óbvias se excluem outros meios de prova (*i.e.* a prova documental ou a prova por inspecção) sendo que, não sendo nosso intuito proceder neste capítulo a um *tête-à-tête* entre o *amicus curiae* e as partes, exclui-se também desta forma a prova por confissão ou por declaração das partes. Como já tivemos oportunidade de o referir em momentos anteriores, interessa-nos agora proceder a um levantamento da realidade (*in casu*, a exposição das figuras da testemunha e perito), resguardando-nos para um momento posterior à comparação propriamente dita e sobretudo à apreciação e crítica pessoais.

Debruçando-nos sobre os meios de prova relevantes ao nosso estudo, olhemos com mais atenção para a prova testemunhal (e, por consequência, para a testemunha)¹²⁷ e para a prova pericial (e, conseqüentemente, para o perito)¹²⁸. Desde logo, o que distingue estes dois sujeitos? Atentemos nas palavras de ANTUNES VARELA:

“Diz-se testemunha a pessoa que, não sendo parte na acção, nem seu representante, é chamada a narrar as suas percepções sobre factos passados que interessam ao julgamento da causa.

(...)

A distinção entre a testemunha e o perito, uma e outro terceiros em relação à causa, reside no carácter intrínseco das suas declarações.

A testemunha, em princípio insubstituível no seu papel, é chamada a referir as suas percepções de factos passados (o que viu, o que ouviu, o que sentiu, o que observou).

¹²⁷ Arts. 495º ss., CPC.

¹²⁸ Arts. 467º ss., CPC.

O perito traz essencialmente ao tribunal a sua apreciação sobre os factos presentes de cujo exame foi incumbido, ou extrai conclusões (sobre factos presentes ou pretéritos) dos conhecimentos especializados que possui. (...)

O perito tem uma função essencialmente activa: examina, investiga, por incumbência do tribunal. A testemunha tem, pelo contrário, um papel de sentido passivo: é interrogada; é ouvida.”¹²⁹

“O perito distingue-se, sob vários aspectos, da testemunha. A testemunha relata as suas percepções sobre factos passados; o perito refere principalmente as suas apreciações, mas também as suas percepções sobre os factos presentes, usando em qualquer dos casos os conhecimentos especiais que possuiu ou o estatuto profissional que lhe é próprio.

Há ainda quem observe, com razão, que a percepção da testemunha resulta da sua especial posição (as mais das vezes accidental) perante o facto concreto, sendo o seu depoimento por essa razão, em regra insubstituível. A apreciação e a percepção referidas pelo perito nascem, pelo contrário, não do encontro concreto, accidental com a factualidade real da acção, mas dos seus conhecimentos especiais (científicos, artísticos, técnicos, etc.) ou apoiam-se no seu estatuto profissional, podendo o seu depoimento (laudo) ser substituído pelo de outra pessoa que possua os mesmos conhecimentos especializados ou se integre no mesmo estatuto profissional.”¹³⁰

Quais então as características que distinguem as figuras? Enquanto a testemunha teve contacto directo e imediato com os factos (ainda que accidentalmente), o perito tem com eles um contacto indirecto e posterior. O primeiro relata desinteressadamente; o segundo apresenta conclusões baseadas na sua apreciação. A testemunha é insubstituível (ainda que haja um número plural de testemunhas que tenham presenciado a mesma ocorrência) dada a personalidade da sua observação; o perito é substituível por qualquer outro que satisfaça os requisitos que daquele se esperam.

Materialmente, sem que procedamos a uma apreciação (ao invés de uma exposição), pouco mais há a apontar no sentido de distinguir estes dois sujeitos. Há porém

¹²⁹ ANTUNES VARELA, *Manual de Processo Civil*, 2ª Ed., 2004, pág. 609.

¹³⁰ *Ibid.*, págs. 579-580.

ainda questão formais, questões de Direito, que importa elencar, não só para destrinçar este par mas também, e sobretudo, para que futuramente possamos distinguir estes meios de prova da figura do *amicus curiae*, no sentido de se quantificar e qualificar a eventual utilidade deste último para o Processo Civil.

5.2.1 – A Testemunha

Meio de prova com enorme relevância prática, é a prova testemunhal, segundo o artigo 392º do Código Civil, “*admitida em todos os casos em que não seja directa ou indirectamente afastada*”. Não quer isto dizer que não haja limites, nomeadamente ao número de testemunhas que podem dar o seu relato em tribunal: nesse sentido, devem os limites estabelecidos no art. 511º do CPC ser respeitados.¹³¹

Mais ainda se acrescenta que o rol de testemunhas a depor advém – ainda que não exclusivamente – da iniciativa das partes em dois momentos: quanto ao autor, deve este elencar as testemunhas no final da petição inicial (conforme dispõe o art. 552º nº 2 do CPC); já o réu deverá apresentar o seu rol de testemunhas aquando da sua contestação (art. 572º al. d) do CPC). Acrescente-se ainda que as testemunhas não chegam ao processo exclusivamente por iniciativa das partes, tendo de dar-se conta do disposto no art. 526º do nosso CPC, artigo este que confere ao juiz poderes para “*ordenar que seja notificada para depor*” “*determinada pessoa, não oferecida como testemunha*” quando haja razões para presumir que aquela “*tem conhecimento de factos importantes para a boa decisão da causa*”.

Esta é uma norma que contradiz abertamente um eventual entendimento rígido e absolutamente formal de uma passividade do juiz (presente, como já referimos, num modelo processual de *common law*), estendendo o legislador ao juiz meios adequados para que este último possa cumprir com a função de alcançar a verdade material dos factos. Esta, ainda que se refira especificamente à testemunha, é uma norma que não poderemos deixar de ter em conta no momento da nossa análise ao *amicus curiae* e à sua contribuição para o processo.

¹³¹ “1 – Os autores não podem oferecer mais de 10 testemunhas (...);” (...) *nas ações de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância, o limite do número de testemunhas é reduzido para metade.*”

Merecedora também da nossa consideração (será um ponto de realce na análise posterior à figura do *amicus curiae*) é uma característica que, ainda que não referida expressamente, terá de se ter como necessária: a testemunha tem de ser uma pessoa física. Atentemos na seguinte norma:

*“1 - Têm capacidade para depor como testemunhas todos aqueles que, não estando interditos por anomalia psíquica, tiverem aptidão física e mental para depor sobre os factos que constituam objeto da prova.”*¹³²

Subentende-se a referência a uma pessoa física, pelo simples facto de que só uma pessoa natural poderá comportar capacidade física ou mental ou alguma anomalia psíquica. Por outro lado, a própria actividade da testemunha – o relato verbal de um acontecimento – obriga a que esta seja uma pessoa física. A nossa reserva quanto à utilização da expressão “pessoa singular” não é inocente, dada a possibilidade de uma pessoa colectiva se poder pronunciar no decorrer de um processo (ainda que não enquanto testemunha).¹³³ Sabemos

¹³²Art. 495º nº 1, CPC.

¹³³ O STJ pronunciou-se já sobre estas matérias, por via do Acórdão 081627, de 5 de Maio de 1992, Relatado por Vassanta Tambá. À época apreciava-se a legitimidade de A para depor como testemunha da ré, uma sociedade comercial por quotas, sendo sócio-gerente desta mesma sociedade.

“Na fundamentação das respostas aos quesitos, o tribunal colectivo escreveu que o depoimento do dito A não obedeceu ao disposto nos artigos 553, n. 2, e 618, n. 1, alínea a), do Código de Processo Civil (fls. 77 in fine).

Nos termos do artigo 618, n. 1, alínea a) do Código de Processo Civil, são inábeis para depor como testemunhas os que podem depor como partes.

Sobre quem pode prestar "depoimento de parte" (prova por confissão) preceitua o artigo 553 do Código de Processo Civil. Pode prestá-lo, entre outros, o representante de pessoa colectiva ou sociedade.

E a verdade é que o dito A foi indicado como testemunha sua, pela ré (fls. 29 e verso), pelo que era ele inábil para depor como testemunha.

É inábil para depor como testemunha o representante legal e o voluntário de uma sociedade - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Março de 1972, no Boletim do Ministério da Justiça n. 215, página 202.

Não podem depor como testemunhas os representantes legais de uma sociedade, quando a sociedade é parte - Acórdão da Relação de Lisboa, de 13 de Abril de 1982, relatado pelo Excelentíssimo Conselheiro Cura Mariano, na íntegra na Colectânea de Jurisprudência, Ano VII, tomo II, páginas 180, e sumariado no Boletim do Ministério da Justiça n. 322, página 368.

De tudo isto resulta que improcedem as conclusões da recorrente.

Não foram violados os artigos 616 e 618, n. 1, alínea a) do Código de Processo Civil, nem o artigo 392 do Código Civil que prescreve sobre a admissibilidade da prova testemunhal nos casos em que directa ou indirectamente, ela não seja afastada.”

Ainda como complemento, importa referir os dispostos no “antigo” CPC, referido no Acórdão:

“Art. 553º - De quem pode ser exigido

1- O depoimento de parte pode ser exigido de pessoas que tenham capacidade judiciária.

2-Pode requerer-se o depoimento de inabilitados, assim como de representantes de incapazes, pessoas colectivas ou sociedades; porém, o depoimento só tem valor de confissão nos precisos termos em que aqueles possam obrigar-se e estes possam obrigar os seus representados.

3- Cada uma das partes pode require não só o depoimento da parte contrária, mas também o dos seus compartes.”

isto pela concessão de personalidade judiciária a pessoas colectivas (e outras entidades, *i.e.* a herança jacente, o condomínio ou o navio), dotando-as de susceptibilidade de serem partes (arts. 12º e 13º, CPC) e de, como tal, se pronunciarem em julgamento sob a forma de depoimento de parte (arts. 452º e ss., CPC).

Não sendo esta uma questão de suprema relevância para o instituto da prova testemunhal, dada a relatividade tranquilidade doutrinal do regime, esta demarcação parte/testemunha terá necessariamente de relevar no momento em que tentarmos enquadrar ou descartar a figura do *amicus curiae*. Consideramos isso mesmo ainda que a contribuição deste seja feita sob forma escrita, na configuração clássica de *amicus brief*, já que o que nos parece relevante é a matéria apresentada e já não a forma dessa contribuição.

Falta-nos então o último vértice do triângulo parte-testemunha-perito que nos parece ocupar fortemente o espaço de actuação do *amicus*. No sentido de concluir se tal forma geométrica terá plasticidade suficiente para se converter num quadrilátero, analisemos agora o perito.

5.2.2 – O Perito

Da prova pericial (arts. 467º ss. do CPC e art. 388º do CC) extraímos a figura do perito, sujeito que é chamado ao processo com a função da “*colheita de factos para depois produzir quanto aos mesmos uma apreciação técnica, mediante os juízos de valor que se lhe ofereça emitir com fundamento em critérios normativos, princípios científicos e máximas de experiência*”.¹³⁴

Desde logo e como já referimos, perito e testemunha mantêm um conjunto de características próprias que lhes permitem distinguir-se entre si, muito embora ambos

“Art. 616º - Admissibilidade da prova testemunhal

A prova por testemunhas é admitida em todos os casos em que não seja directa ou indirectamente defesa.”

“Art. 618º – Inabilidades legais

1- São inábeis por motivo de ordem moral:

- a) Os que podem depor como partes;
- b) Os ascendentes nas causas dos descendentes, e vice-versa;
- c) O sogro ou a sogra nos casos do genro ou da nora, e vice-versa;
- d) O marido nas causas da mulher, e vice-versa;
- e) Os que, por seu estado ou profissão, estejam vinculados ao sigilo profissional, quanto aos factos abrangidos por este.

2- As inabilidades constantes das alíneas b), c) e d) do número anterior não são aplicáveis às causas em que se trate de verificar o nascimento ou o óbito dos filhos.”

¹³⁴ FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 2ª Ed., 2016, pág. 139.

prestem o seu relato ao tribunal de conhecimentos que aqueles possuem.¹³⁵ No caso do perito, o legislador dá-nos no artigo 467º do CPC as formas de aquele se apresentar em juízo, a saber, por iniciativa das partes ou determinada officiosamente pelo juiz (art. 467º, CPC). Típico também deste meio de prova é o facto de a perícia poder ser realizada não só por um único sujeito mas (em determinados casos) por até três peritos (art. 468º, CPC).

No entanto, poder-se-á levantar a seguinte questão: estará o perito nomeado pelas partes sujeito à vontade destas, ou seja, apreciará aquele os factos em questão e formulará as suas conclusões em função dos interesses da parte que o nomeou? Tal não é o caso. Não só a função primeira e última do perito é auxiliar a função do juiz por este, a espaços, carecer de determinados conhecimentos (ou ainda por razões de preservação da sensibilidade das pessoas envolvidas),¹³⁶ como está aquele ainda sujeito ao pagamento de multa quando não realize a sua função de forma diligente, desrespeitando os deveres de colaboração com o tribunal a que está adstrito (art. 469º nº 1, CPC); não respeitando os prazos para a apresentação do relatório pericial ou sendo negligente na sua actividade, pode ainda o juiz destitui-lo das suas funções (nº 2). Para se assegurar da imparcialidade do perito, sujeitou-o inclusive o legislador aos regimes de impedimento e suspeição aplicáveis ao juiz (art. 470º nº 1, CPC) podendo as causas que lhes dão fundamento ser alegadas quer pelas partes, quer pelo próprio perito (art. 471º nº 1, CPC).

Regressando ao triângulo parte-testemunha-perito e à imiscuição do *amicus curiae* neste tripartida relação, importa recuperar a concepção tendencialmente aplicada nas ordens jurídicas estrangeiras (ainda que cada ordem jurídica comporte as suas próprias

¹³⁵ O perito distingue-se ainda de outras figuras processuais, menores na nossa análise mas de clara importância para o Processo Civil e para o Direito no geral.
Ibid., pág. 140.

“Apesar do uso de terminologia nem sempre muito rigorosa, até por parte do legislador, não deve, todavia, confundir-se a figura do perito com a do árbitro. Com efeito, o perito é um mero agente da prova, na medida em que elabora um parecer de natureza fáctica sobre matéria com interesse para a decisão da causa. Por seu lado, o árbitro é um julgador, porque pronuncia uma verdadeira decisão em matéria de facto, ou em matéria de facto e de direito, sobre determinado assunto colocado à sua apreciação e decisão. Também não deve confundir-se o perito com o técnico que presta assistência a advogado, nem com o técnico que preste esclarecimentos ao juiz em determinados atos processuais. Na verdade, os advogados têm a faculdade de se fazerem assistir, durante a produção da prova e a discussão da causa, de pessoa que tenha competência especial para se ocupar de questões suscitadas de natureza técnica (artigo 50º do CPC).”

¹³⁶ JORGE AUGUSTO PAIS DE AMARAL, *op. cit.*, pág. 340.

“A perícia é o resultado da percepção pelo perito de quaisquer factos, quando não possa ser realizada diretamente pelo juiz, quer por carecer de conhecimentos científicos para o efeito, quer pela necessidade de não ferir a sensibilidade das pessoas, quando são estas o objeto de tal atividade.”

vicissitudes): um terceiro que presta o seu contributo à resolução do caso. Porém, como já demonstrámos, a concepção que quisermos delinear do *amicus* definirá de distintas formas não só o “como” mas o próprio “quê” que ele traz ao pleito. Interessado? Sabemos que por definição a parte tem interesse no desfecho do litígio. Imparcial? Já estabelecemos que o perito tem obrigatoriamente de ser imparcial (ainda que tenhamos a presença de espírito para entender que nenhuma parte – réu ao autor – ainda que adstrita ao princípio da cooperação venha a pedir uma perícia que à partida sabe que lhe é prejudicial aos seus interesses – o que na prática se observa com qualquer outro meio de prova). Parcial? Não se exige à testemunha que seja imparcial (amiúde a testemunha é indirectamente interessada na sentença a ser proferida, dada, por exemplo, a relação familiar que mantém com a parte) pelo que sabemos que não só às partes não é exigida imparcialidade. Este “encaixe” do *amicus curiae* na actual estrutura de contribuição de ciência para o tribunal é no fundo a definitiva questão a que pretendemos dar resposta: pode o *amicus* acomodar-se e com isso acrescentar utilidade ao Processo Civil? Para além disso, considere-se o seguinte: as partes “servem-se” do tribunal, precisam da sua actividade; o perito e a testemunha “servem” o processo, auxiliam a actividade do tribunal. Já o *amicus*, conforme o entendimento que queiramos seguir, parece oscilar entre estes dois extremos do espectro, servindo e servindo-se. Serão então sequer compatíveis as características próprias do *amicus* que lhe vêm sendo apontadas pela doutrina?

Na eventualidade de concebermos o *amicus curiae* como meio probatório, parte ou um *tertium genus*, há um último ponto que resta apontar: como deve o juiz valorar o seu relato?

5.3 – Valor Legal e Força Probatória

A prova, no âmbito de um processo, não subsiste por si própria, carece de análise, de apreciação e de valoração: não lhe basta existir, necessita de ser demonstrada e de se ter como relevante para o juízo. Neste sentido todo o meio de prova se reveste, *a priori* e para todos os casos, de força probatória, força essa que contudo varia consoante o meio de prova em causa. Assim, está o juiz sujeito a diferentes normas específicas para cada meio de prova, sendo assim o seu poder de apreciação também ele variável.

Uma vez mais interessa-nos desenvolver as figuras que aqui trouxemos previamente, no sentido de as aplicar às nossas próprias questões. E, na verdade, o nosso trabalho relativo a este ponto reveste-se de uma (inicial) facilidade de exposição, quando considerada a semelhança de tratamento dado pelo legislador ao regime da força probatória, quer da prova pericial, quer da testemunhal.

“A força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal.”¹³⁷

“A força probatória dos depoimentos das testemunhas é apreciada livremente pelo tribunal.”¹³⁸

Observa-se uma semelhança absoluta quanto às soluções dispostas, ou seja, livre apreciação das provas pericial e testemunhal. Contudo, os fundamentos para tal solução variam entre si, bem como os remédios processuais para um depurar da “verdade” trazida ao pleito pelas provas.

Começando pela prova pericial, *“a força probatória das respostas dos peritos não é vinculativa para o tribunal, que pode afastar-se livremente do parecer dos peritos, quer porque tenha partido de factos diferentes dos que aceitou o perito, quer porque discorde das conclusões deles ou dos raciocínios em que elas se apoiam, quer porque os demais elementos úteis de prova existentes nos autos sejam mais convincentes, em seu entender, que o laudo dos peritos.*

Porém, o facto de a força probatória do resultado do laudo dos peritos ser apreciada livremente pelo tribunal não significa, como é óbvio, que o tribunal a possa considerar arbitrária ou discricionariamente, mas apenas que não está vinculado a regras ou critérios legais.

Assim, se o laudo dos peritos for tirado por unanimidade e com profícua fundamentação, não sendo produzidas outras provas sobre a matéria versada na perícia, dificilmente o juiz se pode afastar da conclusão dos peritos.”¹³⁹

¹³⁷ Art. 389º, CC.

¹³⁸ Art. 396º, CC.

¹³⁹ FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *op. cit.*, pág. 141.

O que se estabelece portanto é a superioridade do juiz como “perito dos peritos” no momento de proferir uma decisão final quanto às matérias controvertidas, devendo ser sempre aquele movido pelo dever de fundamentação (art. 607º nº 3, CPC). Lógico é também que, não sendo sequer este meio de prova absolutamente castrador da capacidade apreciativa do juiz, não é também a prova pericial “forçada” como tal sobre as partes, sem que contra ela possam reagir. De facto, não só é possível proceder-se a reclamação contra o relatório pericial (art. 485º, CPC) como qualquer uma das partes pode requerer segunda perícia sobre a mesma matéria (arts. 487º ss., CPC). Procedendo-se a tal prática, não só a segunda perícia não invalida a primeira como ambas são livremente apreciadas pelo tribunal (art. 489º, CPC).

Já quanto à força probatória da prova testemunhal, ainda que seja semelhante à observável a propósito da prova pericial, a fundamentação para tal e os remédios processuais são diferentes (porque diferente é o meio de prova em causa). Já referimos a livre apreciação da prova testemunhal mas interessa-nos saber o porquê, a razão de ser desta solução. Na verdade, o relato testemunhal não é dotado de uma fórmula fixa, revestindo-se cada testemunha das suas próprias vicissitudes, sendo assim a apreciação das suas declarações não só um exercício jurídico, processual mas sobretudo psicológico. Amarrar o juiz a um conjunto fixo de critérios a observar não só seria inexequível (dada a imensidade de realidades possíveis) como as desvantagens de tal solução suplantariam as vantagens. Nas palavras de ALBERTO DOS REIS:

“Seguir um critério de vinculação para o juiz (...) longe de garantir o acerto da decisão, submete-o a um artifício rígido e perigoso (comparável ao das operações matemáticas ou das manipulações físicas), o qual, por não poder ter em conta a imensa riqueza de matizes que na prática acompanha o depoimento da testemunha, conduz muitas vezes a resultado inadequado e erróneo; e isto pode dizer-se tanto a respeito dos critérios legais de privilégio, como dos de desconfiança. Pelo contrário, o critério de liberdade judicial é o único apto para ponderar sensatamente as circunstâncias particulares que apresentam tão grande variedade na prova testemunhal, por virtude das quais algumas normas de pretensão valor geral não podem, por vezes, ser tomadas em conta e, às avessas, convém outras vezes atender a diretrizes concretas que não poderiam, razoavelmente, elevar-se à categoria de princípio comum.

Desta maneira, a ideia fundamental em matéria de apreciação da prova, que afirma a sua discricionariade com base na noção de convicção psicológica característica desta instituição, fica rotundamente corroborada e ratificada (e é hoje verdade quase universalmente reconhecida) no instrumento peculiar de prova a que se dá o nome de testemunhal.”¹⁴⁰

No seio do Processo Civil observa-se um paradoxo quanto à prova testemunhal, podendo este ser expresso da seguinte forma: ao mesmo tempo que é o meio de prova mais utilizado, é também o menos fiável. Esta nem sequer é uma questão meramente contemporânea, sendo que, já à época, os juriconsultos romanos se proferiam quanto a esta questão. Por um lado dava-se conta da máxima “*testium fides diligenter examinanda est*” (a fidelidade das testemunhas deve ser examinada diligentemente; por outro lado “*testimoniarum usus frequens et necessarius est*” (o uso das das testemunhas é frequente e necessário).¹⁴¹

Por um lado, como nos diz PEREIRA RODRIGUES, Juiz Conselheiro do STJ e como tal versado nas práticas dos tribunais, “*recorre-se frequentemente à prova testemunhal, mesmo quando tudo parece já provado por outros meios de prova, designadamente documental. Por vezes num desiderato pouco ortodoxo de procurar corroborar prova de valor intrínseco inabalável, como a decorrente de documento autêntico*”. Por outro lado, “*sucedee que a prova testemunhal é uma prova encontrada através de pessoas com as suas características próprias, todas diferentes umas das outras, com instrução, educação e cultura não coincidentes, com idade, classe social, ideário político e religioso, profissão, condição física e psicológica, hábitos, tradições, grau de afetividade e interesses, todos diferenciados, e que necessitam de ser tomados em consideração, a fim de que os depoimentos produzidos não venham a ser aferidos pela mesma bitola de credibilidade. O homem é um ser contingente, sujeito a errar e até a contemporizar deliberadamente com a inverdade.*”

No sentido de desenvolver as características da infidelidade, razão que justifica a opção pela livre apreciação da prova testemunhal, teve ALBERTO DOS REIS o seguinte a dizer:

¹⁴⁰ ALBERTO DOS REIS, *Código do Processo Civil Anotado*, 3ª Ed., Vol. IV, 2012, págs. 357-359.

¹⁴¹ FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *op. cit.*, pág. 177.

“A verdade é que tudo se reduz ao perigo de infidelidade. A prova testemunhal é particularmente falível, porque é extremamente infiel. O que sucede é que a infidelidade pode derivar de três causas diferentes:

1ª. De erro de percepção (a testemunha captou mal o facto);

2ª. De defeito de retenção (a testemunha, por falta de memória, faz narração inexata ou incompleta do que viu ou ouviu);

3ª. De vício de parcialidade (a testemunha faz propositadamente depoimento falso ou reticente por paixão, interesse, suborno, etc.).

Nos dois primeiros casos a infidelidade é involuntária; no terceiro é intencional.

Às duas causas de infidelidade involuntária, que são as mais comuns, poderia ainda acrescentar-se uma terceira: a sugestão.

Algumas vezes a testemunha é vítima inconsciente de sugestão; faz depoimento inexato, não por erro de percepção ou por esquecimento, mas porque foi sugestionada no ato da captação ou porque a forma do interrogatório a atraiu, sem ela se aperceber do facto, para determinada versão que não corresponde à verdade.

Não deve também desprezar-se a influência perturbadora que sobre certas pessoas tímidas, simples e humildes exerce o aparato cénico do tribunal.”¹⁴²

A testemunha erra, omite, mente e vacila nas suas declarações, voluntária ou involuntariamente, o que leva a que o tribunal tenha de ter margem suficiente de apreciação no momento em que recolhe as declarações daquele. Porém, não só pela força probatória estabelecida se resolvem os problemas que a prova testemunhal levanta. Nesse sentido, três mecanismos são elencados: a impugnação (art. 514º, CPC), a contradita (art. 521º, CPC) e a acareação (art. 521º, CPC). Nem se pode dizer que todos eles sejam mecanismos absoluta e exclusivamente tendentes à busca efectiva da verdade material (dada a realidade de que, em tantos casos, se tornem em autênticas “fichas de jogo” no processo, tendentes a levar – ou não – a que o contributo – ou falta dele – da testemunha vá de encontro às pretensões de uma das partes), ainda que, como é óbvio, possam e devam

¹⁴² ALBERTO DOS REIS, *op. cit.*, págs. 361.

estes mecanismos ser utilizados para retirar da testemunha, se não a verdade absoluta, pelo menos a máxima verdade possível.

Observam-se assim dois factores decisivos na distinção entre perito e testemunha, prova pericial e prova testemunhal: a matéria que compõe as declarações; a exigência de imparcialidade para o primeiro, a falta dessa exigência para a segunda.¹⁴³ O binómio parcialidade-imparcialidade depura-se, no nosso entender, do entendimento que já ALBERTO DOS REIS fazia da fidelidade do depoimento da testemunha, mais concretamente, da infidelidade voluntária ou involuntária. Embora o instituto da prova testemunhal procure aliviar este problema o mais possível, não o nega, pois tal seria negar a própria natureza humana.

E o *amicus curiae*? No desenvolvimento destas questões paralelas (ainda que essenciais), temos de nos lembrar constantemente da peça central do nosso estudo. Olhámos nestas últimas páginas para as figuras que no nosso entender colidem ou pelo menos partilham o espaço de actuação do *amicus curiae* no Processo Civil, em específico, no Processo Civil português (se entre nós vigorasse aquele instituto). Na verdade, parece-nos razoável extrair do desenvolvimento que até aqui trouxemos soluções para o instituto do *amicus curiae*. A necessidade de enquadrar as suas declarações no espectro da liberdade de apreciação do juiz, a necessidade de se extrair a máxima veracidade da sua colaboração e a necessidade de se poder reagir contra os seus actos são questões que têm de valer também para este (se concebida a sua participação no Processo Civil). Este paralelismo e analogia de soluções normativas e doutrinárias parece-nos assim um bom ponto de partida para aplicar a um sujeito até hoje inexistente entre nós na busca pela resposta à questão: o *amicus curiae* faz falta ao nosso Processo Civil?

¹⁴³ Falar de uma falta de exigência de imparcialidade não é o mesmo que falar de um “salvo-conduto” concedido à testemunha para mentir nas suas declarações. Nesse sentido, impõe o art. 459º do CPC (no caso do depoimento da testemunha por remissão do art. 513º, nº 1) ao tribunal a exigência de fazer “*sentir ao depoente a importância moral do juramento que vai prestar e o dever de ser fiel à verdade*”, observando-se também a necessidade de este cumprir uma pré-estabelecida forma de juramento.

6 – O QUASE *AMICUS* DE 2013

O Código de Processo Civil, inclusive na sua versão inicial (Lei nº 41/2013), é ainda bastante recente (não obstante o facto de ter sido já alvo de algumas modificações). Contudo, é este Código baseado em larga medida nas disposições anteriores de Processo Civil vigentes no nosso país, sendo possível encontrar-se um vasto conjunto de normas que, salvo um diferente rearranjo são exactamente iguais às que anteriormente vigoravam.

Não se pense contudo que esta revisão de 2013 foi uma mera operação cosmética, uma actualização formal sem afectar a substância das normas. De facto, não só o legislador optou por diferentes soluções como inclusive acrescentou novos mecanismos ao nosso Processo, meios processuais não existentes entre nós anteriormente. Seguindo este mesmo espírito inovatório, REMÉDIO MARQUES¹⁴⁴ propôs no seio dessa Comissão de Revisão aquela que seria a primeira disposição de direito pátrio relativo à intervenção do *amicus curiae* no Processo Civil português. De mãos dadas com esta norma vinha outra dedicada ao instituto da assistência (e do assistente) no processo, pelo que nos parece útil tratar ambas as questões simultaneamente. Nesse sentido, a proposta apresentada para a redacção daquele que haveria de ser o art. 326º do CPC (fosse esta aprovada) tomava a seguinte forma:

“DIVISÃO III

Assistência e amicus curiae

Artigo 326º

Assistência e amicus curiae

1 - Estando pendente uma causa entre duas ou mais pessoas, pode intervir nela como assistente, para auxiliar qualquer das partes, quem tiver interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável a essa parte.

¹⁴⁴ Estendemos desde já o nosso agradecimento ao Prof. Dr. Remédio Marques pela colaboração prestada ao nosso estudo e pela comunicação das propostas à época apresentadas, fundamentação para tal e os traços gerais do entendimento que levou à não inclusão de tais propostas no revisto CPC.

2 - Para que haja interesse jurídico, capaz de determinar a intervenção, basta que o assistente seja titular de uma relação jurídica cuja consistência prática ou económica dependa da pretensão do assistido.

3 - 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.

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

5 - A decisão proferida na causa não constitui caso julgado em relação ao interveniente mencionado nos n.ºs 3 a 5.”

Veio esta norma a vigorar sem os três últimos números, mantendo-se nos dois restantes a redacção que nesta proposta lhe foi dada. Caiu também a referência no título ao *amicus curiae*, dada a sua não inclusão no CPC, quer nesta norma, quer noutra especificamente tocante à figura do *amicus* (e já não só deste apenas como um subsidiário do assistente):

“DIVISÃO III

ASSISTÊNCIA E AMICUS CURIAE

Artigo 341 °-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.*”

Dizer que o disposto quanto à figura do *amicus curiae* acabou por não tomar cabimento no nosso Processo Civil não é semelhante à afirmação de que aquele não tem espaço de actuação na nossa ordem jurídica interna (já vimos que tal não é o caso, quando nos referimos previamente à excepção que é a aplicação dos arts. 101º e 102º do TFUE). Porém, apesar de o assistente estar previsto no nosso CPC, porque razão veio o *amicus curiae*, aparentemente partilhando o mesmo radical (a própria organização num só artigo dos dois sujeitos dá-nos essa mesma indicação), a ser rejeitado?

Interessa antes de mais distinguir as figuras aqui tratadas para depois apontar as razões para a rejeição do *amicus*. Nesse sentido, a referência à necessidade de ter “*interesse jurídico em que a decisão do pleito seja favorável a essa parte*” é a linha que divide assistente de *amicus*. Mais se densifica no número seguinte o que se exige para que se tenha como existente tal interesse jurídico (“*basta que o assistente seja titular de uma relação jurídica cuja consistência prática ou económica dependa da pretensão do assistido*”), comprovando-se assim a realidade de que, detendo-o, poderá o sujeito intervir mas nunca como *amicus*; para que esta possa entrar no processo, a porta terá (ou teria, houvesse aquele sido implementado no nosso direito processual) de ser outra.

Presente que está a figura do assistente no nosso CPC (arts. 326º ss.), é-nos possível saber quais os poderes e deveres àquele impostos e concedidos, não nos sendo possível especular quanto aos mesmos se houvesse sido aprovada a disposição referente ao *amicus*. Contudo, é necessário desde logo afirmar que a figura não se afiguraria regida sem mais, pelo que nos parece óbvio que, independentemente da solução adoptada, estaria sempre aquela carente de densificação (tal como o assistente) dos seus poderes e deveres (densificação essa que estaria sempre umbilicalmente ligada às variáveis já por nós apontadas previamente e carentes de escolhas em detrimento de outros desenhos possíveis de *amici*).

REMÉDIO MARQUES distinguiu ainda o *amicus curiae* do perito pelo seguinte conjunto de razões:

“(…), por um lado, este *amicus curiae* interveniente não recebe honorários pelas informações prestadas e, por outro, as informações que ele presta não têm a finalidade de servir como meio de prova; visam, sim, auxiliar o Tribunal do ponto de vista hermenêutico. Ao invés, o perito actua para produzir as provas necessárias que auxiliem a formar a convicção do tribunal, e não que facilitem a interpretação do Direito.”¹⁴⁵

Salvo o devido respeito, não podemos concordar com a argumentação apresentada, como iremos tentar explicar posteriormente.

O receio de que a figura se deturpasse, mutando-se num mecanismo tendente ao auxílio da prossecução dos interesses de ONG’s e de ordens profissionais em certas causas fraturantes da sociedade portuguesa (já à época observáveis) sustentou a relutância do legislador em introduzir esta nova figura no nosso Processo Civil. Vimos e veremos que esta é uma justificação que não se afasta muito de algumas realidades pretéritas e actuais, sendo o risco de o *amicus* acabar por ocupar um espaço de lobista uma possibilidade não só meramente teórica.

Concluímos com este capítulo a parte primeira do nosso estudo, a exposição das informações que nos parecem imprescindíveis à nossa apreciação. De ora em diante, assumimos sem qualquer tipo de pudor as vestes de crítico, analisando o que até aqui trouxemos com o intuito de dar o nosso entendimento quanto aos méritos e pecados do *amicus curiae*, não em traços gerais, mas no concreto quadro do direito processual português.

¹⁴⁵ Comunicação pessoal, a propósito da proposta apresentada no seio da Comissão de Revisão do CPC.

PARTE 2ª

Apreciação crítica e proposta de soluções alternativas

1 – APRECIACÃO CRÍTICA

Chegados a este ponto, importa explicar o entendimento que vimos já transparecendo quanto à figura do *Amicus Curiae*. Ainda que até este momento tenhamos tido a intenção de resumirmos a nossa escrita, tanto quanto possível, à compilação de dados desprovidos de valoração subjectiva, temos a consciência de que – dado o inevitável carácter polarizante do *amicus* – nem sempre nos foi possível manter a distância necessária à manutenção de uma posição absolutamente imparcial. Porém, a antecipação do nosso entendimento em pretéritos capítulos não nos parece deslocado pois nunca foi nossa intenção resumir este texto a uma forma desinteressada; não só vislumbramos um problema e consequentes soluções úteis como pretendemos partilhar essa mesma visão e soluções congeminadas. Neste seguimento e sem desnecessárias demoras, fazemos desde já referência ao nosso entendimento, na sua mais depurada sùmula: temos profundíssimas reservas quanto à utilidade do *amicus curiae* e discordamos em larga medida das virtudes que boa parte da doutrina lhe aponta; contudo, admitimos uma brevíssima utilidade da figura (que a seu tempo teremos oportunidade de demonstrar).

Assim, antes de nos debruçarmos verdadeiramente sobre a matéria que aqui nos traz, resta-nos apresentar a forma que adoptaremos na redacção das nossas apreciações e conclusões. Seguiremos uma redacção formalmente estruturada por problemas individualizados, seguindo um conjunto de pontos correspondentes a argumentos (de variada índole) a rebater, a desenvolver segundo o nosso entendimento ou a apresentar como uma necessária novidade em face das informações que até aqui já tivemos oportunidade de plasmar.

I O primeiro ponto, é-o apenas por razões de ordenamento do nosso raciocínio, não se revestindo de particular importância para o adoptar de posições doutrinárias e/ou normativas: falamos do referente histórico do *amicus curiae*.

Tivemos já a oportunidade de apontar as raízes históricas do *amicus*, não fazendo sentido desperdiçar este capítulo com meras reiteraões; contudo, é-nos possível fazer uma análise histórica, com o intuito de daí retirar conclusões aplicáveis ao presente.

É nosso entendimento que a falta de antecedentes históricos de utilização do *amicus curiae* no nosso ordenamento jurídico e, especificamente, no nosso Processo Civil,

levanta desde logo o véu quanto à sua desnecessidade. Por si só este argumento pouco vale, temos disso consciência, pois qualquer mecanismo de presente utilização teve de se ver iniciado em algum momento e, nesse sentido, a sua implementação e utilidade terá de ter tanta validade se levada a cabo desde há décadas ou séculos a esta parte, como se iniciada apenas hodiernamente. A construção do Processo Civil (como qualquer outra área do Direito) é um trabalho permanente inconcluso e como tal imperfeito, sujeito a aprimoramentos, a acréscimos de soluções e remoção de problemáticas. Contudo, o Processo Civil não é uma área de estudo que se possa ter como minimamente recente e órfã de experimentação ao longo dos tempos. E, contudo, passado todo este tempo e toda esta prática, dificilmente se observa uma significativa imiscuição do *amicus curiae* na generalidade das ordens jurídicas de *civil law* (sobretudo da Europa continental). Se nenhum outro referente nos fosse apresentado, se apenas a história houvesse sido o nosso objecto de estudo, dificilmente poderíamos fugir à seguinte conclusão: se após séculos de Processo Civil moderno o *amicus curiae* actuou quase em regime de exclusividade nas ordens jurídicas de *common law*, tal se deveu ao facto de só ali encontrar a sua razão de ser. Repetimos: este argumento não valerá por si só para sem mais afastar o *amicus curiae* da nossa ordem jurídica. Porém, serve também este primeiro ponto para avançar a lógica por nós aqui adoptada que passa pela sistemática e metódica “descredibilização” das vias de utilidade do instituto. Assim, ponto por ponto, tentaremos desmontar não só inventário argumentativo que sustenta o *amicus* mas simultaneamente demonstrar que à pergunta “não pode o *amicus* ocupar este espaço?”, quase sempre a resposta será “esse espaço está já ocupado por melhores soluções.”

2 Abertamente revelamos o nosso receio de que o *amicus curiae* tenda, especialmente em casos de maior monta (não quantificados apenas em termos económicos), a descair numa mera função de protelamento da justiça. Em si mesmo, o Direito não é nem nunca se poderá ter como perfeito e encerrado na sua construção, pelo que o Processo Civil será iluminado pela mesma lógica. Tal não corresponde contudo à afirmação de que este necessite desesperadamente, sem mais, de ajustes e aprimoramentos. Qualquer nova introdução será sempre bem-vinda quando e sobretudo se contribuir para o devido funcionamento do processo, tendo necessariamente de se por em causa (reconfigurando ou, se não tiver solução, descartando) os novos mecanismos que mais não sejam que uma areia nas engrenagens da máquina bem oleada que é o Processo Civil.

Por si só, a introdução do *amicus curiae* no processo pode ser, na dimensão da sua eficiência e celeridade, inócua. Porém, não é de descurar o princípio da celeridade processual (ou “o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial”)¹⁴⁶ como orientador da actividade do tribunal, por forma a que as decisões tomadas venham a ser proferidas em tempo útil, evitando que, quando venha a sentença a transitar em julgado, esta não seja mais que um exercício teórico, uma mera formalidade desprovida de aplicabilidade e utilidade prática. Na persecução deste objectivo, nem se pode dizer que o nosso legislador esteja sozinho ou que tenha sido sequer inovador, dada a forte sedimentação desta ideia na ordem jurídica global, reflectida como direito de toda a humanidade.¹⁴⁷

É possível observar na sociedade portuguesa um conjunto de críticas (mais ou menos eloquentes ou providas de razão) à função judicial, sendo uma delas a de que “a justiça é lenta”. Haverá fundamento de facto nessa afirmação? Totalmente desprovida de sentido não será pois, mesmo considerada a complexidade de determinados casos que necessariamente exigem um mais prolongado desenrolar do julgamento (bem como a escassez de meios), não vêm saindo incólumes os tribunais portugueses do escrutínio (ainda que indirecto) por quem de direito.¹⁴⁸ Neste sentido, manifestamos o nosso receio de que, dependendo da configuração que um eventual *amicus curiae* tomasse (à cabeça, um

¹⁴⁶ Art. 2º nº 1, CPC.

¹⁴⁷ A referência ao “direito a que a (...) causa seja examinada, (...), num prazo razoável por um tribunal” é também observável na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no seu art. 6º nº 1.

¹⁴⁸ É paradigmático, não só daquilo que se terá como uma decisão em prazo razoável mas, simultaneamente, das violações dos tribunais portugueses dessa mesma exigência, o *Requête n° 4687/11* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Ainda que não tenha isentado o recorrente da sua quota-parte de responsabilidade no protelar do processo, o requerente “*qu'on ne saurait reprocher à celle-ci d'avoir fait usage des divers recours et autres possibilités procédurales que lui ouvrait le droit interne.*” (93, 94).

Porém, a imputação de responsabilidades pela lentidão do processo caiu em primeira e maior medida sob a actuação dos próprios tribunais nacionais.

“95. *S'agissant de l'efficience des juridictions, la Cour relève des périodes de lenteur imputables aux autorités nationales. Ainsi la durée de l'instance a été de :*

– 3 ans et 6 mois pour le jugement du tribunal du travail de Lisbonne ;

– 1 an et 4 mois pour l'ordonnance du Tribunal constitutionnel du 24 novembre 2008 et ensuite 1 an et deux mois pour le premier arrêt du Tribunal constitutionnel.

La Cour rappelle à cet égard que l'article 6 § 1 de la Convention oblige les États contractants à organiser leur système judiciaire de telle sorte que les cours et tribunaux puissent remplir chacune de ses exigences, y compris l'obligation de trancher les causes dans des délais raisonnables (voir, parmi beaucoup d'autres, Duclos c. France, 17 décembre 1996, § 55 in fine, Recueil 1996-VI ; et Pélissier et Sassi c. France [GC], no 25444/94, § 74, CEDH 1999-II). En l'espèce, la procédure fait apparaître des retards excessifs, qui sont imputables aux autorités nationales.

96. *Partant, la Cour conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de la durée excessive de la procédure.*”

amicus de intervenção espontânea no processo), correria aquele o risco de se tornar acima de tudo um mecanismo de protelamento da função jurisprudencial. Neste capítulo, não só quem e como mas também quando pode o *amicus curiae* intervir devem ser questões que um possível legislador futuro terá sempre de tomar em conta.

3 Ainda na mesma linha, receamos que (e novamente, dependendo da configuração de *amicus curiae* eventualmente adoptada) este mecanismo se torne num factor contributivo do acentuar do fenómeno de “justiça dos ricos” vs. “justiça dos pobres”. Ponto primeiro: não mantemos ilusões quanto ao carácter perpétuo de uma eventual isenção e benevolência da actividade do *amicus curiae* (tal já fomos vincado uma e outra vez) e acreditamos que, se não o seu estágio evolutivo último, será o *amicus* norte-americano pelo menos a última forma evolutiva actualmente conhecida. Nesse sentido (não sendo apenas uma nossa opinião, pois a própria lei o admite), há que reconhecer que (e mantendo-nos no exemplo e terminologia anglo-saxónica), um *amicus brief* é um mecanismo que envolve significativo investimento económico, devendo as contribuições para a sua redacção ser do conhecimento do tribunal, conforme estatuem a *Rule 37* das *Rules of the Supreme Court of the United States*, no seu número 6.¹⁴⁹

No nosso entendimento, o paralelismo pode e deve ser feito com o disposto no art. 426º do nosso CPC:

“Os pareceres de advogados, professores ou técnicos podem ser juntos, nos tribunais de 1ª instância, em qualquer estado do processo.”

Em momento algum é referido (nem teria de o ser) qualquer dispêndio económico na procura de um parecer; porém, não nos é possível negar os factos, sendo a realidade composta pela inacessibilidade em larga medida destes meios aos sujeitos desprovidos de capacidade económica para a eles recorrerem. Inegável é o carácter sistémico destes problemas, observáveis em distintos momentos (*e.g.* o poderio económico influencia o

¹⁴⁹“ *Except for briefs presented on behalf of amicus curiae listed in Rule 37.4, a brief filed under this Rule shall indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and shall identify every person or entity, other than the amicus curiae, its members, or its counsel, who made a monetary contribution to the preparation or submission of the brief. The disclosure shall be made in the first footnote on the first page of text.* ”

acesso a melhores advogados, melhores peritos, mais e melhores meios de defesa), não sendo este um problema observável em exclusivo no domínio do parecer jurídico.

Olhamos com a mesma visão para o *amicus curiae*: se convocado pelas partes, gera-se o risco de se beber de eventuais aspectos negativos do parecer – intimamente ligados aos problemas que ainda traremos à discussão como a indevida tentativa de exercício de influência sobre o juiz e o processo – (e mais ainda, parece-nos não haver sequer forma de distinguir os dois mecanismos); se de intervenção espontânea, teremos de considerar o que o motiva a surgir no pleito (nomeadamente o incentivo económico directo ou indirecto); se convocado pelo juiz, teremos de considerar em que medida poderá aquele surgir no processo (será aquela uma obrigação, será um convite que poderá o sujeito declinar, será remunerado, etc.). Receamos o contributo que a inclusão do *amicus curiae* no nosso Processo Civil possa ter para o exacerbar de uma deturpada visão mercantilista dos mecanismos ao dispor das partes, dos meios de defesa como bens transacionáveis e tendencialmente acentuadores das diferenças da qualidade de acesso à justiça conforme o poderio económico do sujeito em causa. Resumindo as nossas reservas, parece-nos possível que o *amicus curiae* se tornasse um instituto de manifesta utilidade apenas para quem de meios económicos dispusesse para a ele recorrer, acentuando as diferenças no acesso à justiça, mediante a classe económica das partes envolvidas.

4 No decorrer do nosso estudo, várias vezes fomos confrontados com argumentos que não se prendiam necessariamente a questões jurídicas *per se*. Ocasionalmente, tais pensamentos tomavam uma forma de raiz mais jurídico-política (com ênfase para a política), seguindo mesmo, a espaços, temáticas que à partida poderiam até parecer pouco ou nada relacionadas com o nosso objecto de estudo. Este é um desses pontos e refere-se à demografia do nosso próprio país (porque este estudo sempre se dirigiu à hipotética aplicação prática do *amicus curiae* em Portugal).

Consideremos dois distintos exemplos geográficos a considerável distância da ocidental praia lusitana mas, ainda assim, num enquadramento social, político, jurídico e histórico profundamente distintos da nossa própria realidade: Estados Unidos da América e Brasil.

São estes, a propósito de distintos pontos do nosso escrito, exemplos paradigmáticos do espaço de actuação do *amicus curiae*, porém, um e outro dotados de uma organização do seu Processo Civil absolutamente distintas (um de *civil* outro de *common law*) e de uma organização social e cultural profundamente distintas entre si. Já chegados à organização política o caso muda de figura pois, quer num quer noutro país encontramos (com as suas inevitáveis características próprias) um modelo federalista de Governo. Não nos parece que seja inseparável tal organização governamental de duas características: a geografia e a demografia do próprio país. O paralelismo que fazemos entre o modelo de governo adoptado e a actuação do *amicus curiae* consiste no seguinte: a grande extensão territorial e a forte presença demográfica (falamos de um país de sensivelmente 325 milhões – no caso dos EUA – e de 207 milhões de habitantes – no caso do Brasil) exigem a implementação de mecanismos que veiculem os interesses de todos à consideração quer dos respectivos governos, quer dos tribunais. Estes factores (o número de habitantes e a sua vasta dispersão geográfica) facilitam a grande heterogeneidade populacional e, por conseguinte, a variedade de interesses dignos de tutela; porém, é real também o fenómeno de isolamento de tais interesses, de dificuldade de estes chegarem aos ouvidos de quem precisa que estes cheguem até si para tomar decisões justas e correctas. É certo que o avanço tecnológico possibilitou uma cada vez maior atenuação deste isolamento, sendo hoje possível ter conhecimento imediato de situações ocorridas não só na outra ponta do país mas até mesmo na outra ponta do Globo. Contudo, o “regionalismo” não é apenas uma questão geográfica, é antes de mais uma verdadeira questão sociológica e cultural, pelo que os distintos valores que movem a apreciação que um sujeito faz de determinada situação não só podem como efectivamente variam não só de país para país mas de região para região dentro de um mesmo país.

Em que medida é então isto relevante para o *amicus curiae*? No nosso entender, as dispersões geográfica e demográfica são condições de suprema importância para a actuação daquele porque só nesses cenários conseguimos conceber uma possível “obscuridade” de interesses dignos de tutela e/ou consideração por parte do juiz a que este é verdadeiramente “ignorante” quanto à sua existência e seu conteúdo (porque eventualmente assentes no distanciamento – geográfico, cultural, político, ideológico – entre o juiz e a colectividade em que radicam os supostos interesses que o *amicus* representa). No nosso estudo, observámos um certo consenso doutrinal de nomenclatura

quanto aos interesses que o *amicus* traz ao processo, interesses esses que (independentemente da designação adoptada) transcendem as partes e “interessam” à generalidade (ou pelo uma parte significativa) da população ao mesmo tempo que podem escapar ao conhecimento do juiz. Convenhamos: em países com a configuração dos que aqui apontámos, não nos choca que o juiz não esteja a par do *zeitgeist* de todo o território, que não esteja a par de toda a opinião de um povo. Não nos parece de estranhar que um Supremo Tribunal¹⁵⁰ desconheça o circunstancialismo de uma localidade povoada por 500 habitantes e a centenas ou milhares de quilómetros do povoado mais próximo, sobretudo quando se considera que tal tribunal se encontra numa província a todos os níveis distinta (salvo o facto de estar ainda dentro do mesmo Estado soberano) daquela em que o litígio original se funda. Mas, em Portugal? Temos imensas dúvidas de que o estádio evolutivo do juiz médio português não lhe permita estar a par das questões fracturantes nacionais e dos interesses suprapartes que possam ser trazidos ao processo, especialmente no contexto de um país de reduzidas dimensões geográficas e demográficas.

Por mais que se possa falar de uma heterogeneidade do território (e até certo ponto da sua população) não é este um país tão extenso assim que justifique mecanismos próprios de comunicação ao juiz de tais interesses metapartes que aquele possa desconhecer. Por mais que os seus visados se queiram revestir de uma pretensa superioridade social, enquanto representantes de todos os cidadãos, *e.g.* a organização de uma determinada ordem profissional só a si diz respeito; a prática religiosa de determinada religião só aos seus seguidores diz respeito; os praticantes de determinada actividade económica não representam necessariamente a colectividade de interesses da generalidade. Há sim espaços que abarcam a população na sua generalidade (*i.e.* o ambiente, a saúde pública) mas repetimos: será o “juiz médio” (ao qual se deve exigir mais que ao homem médio) assim tão desconhecedor destas questões que deva ele recorrer a um terceiro que o elucide quanto à sua existência (e em boa medida, quanto ao seu conteúdo)? Ou não serão afinal estes interesses suprapartes, tantas e tantas vezes alegados, interesses de restritas

¹⁵⁰ Tenha-se presente o já referido *Amicus Brief* da Rule 37 das *Rules of the Supreme Court of the United States* previsto no ordenamento Norte-Americano que não só admite como exige que a sua intervenção se baseie em “*relevant matter not already brought to its attention by the parties*”. Dada a distinção entre o funcionamento deste tribunal e o nosso STJ, nomeadamente no referente às alegações, é possível observar que a mera inclusão do *amicus* no Processo Civil português, sem mais, teria sempre de considerar o seu regime perante os tribunais superiores e em última análise a globalidade do funcionamento desses mesmos tribunais.

colectividades e como tal já prevista a sua tutela por outros meios?¹⁵¹ Parece-nos ser esta última hipótese a que mais sentido faz dentro do nosso contexto nacional.

5 No seguimento do ponto anterior, quanto ao manancial de conhecimentos que o juiz possui e que possam extravasar os relacionados com o concreto caso em apreciação, dois conceitos presentes no nosso Código de Processo Civil carecem de introdução neste parágrafo: os factos notórios e os conhecidos pelo juiz no exercício da sua função.

Neste sentido, o artigo 5º do CPC traz à luz os relevantes dispostos normativos quanto ao “*onus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal*”, interessando-nos em primeira linha o que dispôs o legislador a propósito dos “*factos notórios*”, devendo estes ser “*considerados pelo juiz*” como seriam os “*factos articulados pelas partes*” (nº 2 al. c)) – merecendo estes o confronto com aquela que é a função típica do *amicus curiae*. Neste primeiro artigo abriu desde logo o legislador a porta à ideia de um juiz atento, inserido na realidade do Mundo, desamarrado da mera alegação das partes, na senda do juiz de *civil law*, proactivo e empenhado na busca pela verdade material. Densificando normativamente os conceitos de factos notórios e factos que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções, o CPC dá-nos o artigo 412º, que nos diz que se devem considerar como notórios os “*os factos que são do conhecimento geral*” (nº 1).

Excluímos contudo da análise os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções (nº 2), visto que, formalmente (enquanto os primeiros são tendencialmente apreensíveis por qualquer sujeito, os segundos, ao menos na forma como são captados pelo juiz, prendem-se inerentemente com a função do tribunal e, embora pudessem coincidir no seu conteúdo, suficiente distinção formal existe entre ambos para não se observar uma redundância entre eles)¹⁵² não vislumbramos como possam estes

¹⁵¹ Teremos a oportunidade de avançar ainda mais o nosso entendimento quanto à proximidade entre os conceitos de interesses suprapartes e interesses difusos, como apontados no art. 31º do CPC. Seguindo a expressão de TEIXEIRA DE SOUSA, parece-nos que a única distinção relevante entre aqueles interesses é o facto de os primeiros serem consequência dos segundos, quando trazidos à tutela da função jurisdicional. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, 1ª Reimp., 1997, pág. 55 “*Os interesses difusos são interesses cuja titularidade pertence a todos e a cada um dos membros de uma comunidade ou de um grupo, mas que não são susceptíveis de apropriação individual por qualquer desses membros.*”

¹⁵² Materialmente, mantemos também reservas quanto à possibilidade de aproximar aqueles factos aos que o *amicus curiae* pode veicular para o processo. Ainda que se não afigure de todo impossível que assim não seja, parece-nos que aqueles factos que o tribunal terá conhecimento por virtude do exercício das suas funções tenderão a reportar-se a situações mais circunscritas que as que o *amicus curiae* alegadamente

ombrear com a actuação do *amicus curiae*, pelo que atentaremos apenas nos factos notórios. O ponto de interesse que aqui se levanta é o seguinte: o que constitui um facto de conhecimento geral? Nesse sentido, é possível retirar de entre a doutrina nacional (que por sua vez encontra sustentação além fronteiras) dois entendimentos distintos: um facto notório é-o porque é conhecido pela generalidade das pessoas no panorama nacional; um facto notório é-o porque é conhecido numa dada região, por um grupo social ou um grupo de cidadãos. Elaborem os entendimentos e façamos o enquadramento com a questão concreta do *amicus curiae*, na tentativa de demonstrar a redundância de parte da utilidade que se pudesse apontar a esta figura, porque ocupada já pelo que dispõe quanto ao valor dos factos notórios para o processo.

Numa primeira delimitação do conceito de facto notório, ALBERTO DOS REIS agrupa as doutrinas em dois grupos, tendo o primeiro como critério o “conhecimento” (CHIOVENDA, CALAMANDREI, ALLORIO, COUTURE, GUASP, BETTI E DE STEFANO) e a segunda o “interesse” (MAZZARELLA E CARNELUTTI).¹⁵³ MAZZARELLA, deslocava a fundamentação do facto notório do campo subjectivo – o grau de conhecimento – para o campo objectivo – o interesse social – sendo assim notórios os factos socialmente relevantes¹⁵⁴; CARNELUTTI reconhecia como notórios os factos que interessavam à generalidade dos Homens de cultura média porque dotados estes do estímulo para os conhecer.¹⁵⁵ ALBERTO DOS REIS recusa este entendimento, seguindo então a via do “conhecimento” como alicerce da notoriedade de um facto.

“Há que pôr de lado o conceito objectivo, fundado no interesse. Pode um facto ter grande relevo social e interessar conseqüentemente à generalidade dos homens de

comporta nas suas alegações, tendencialmente gerais e não limitadas a casos concretos, sem interesse extra-partes. Num exercício de aproximação, parece-nos até que aqueles factos não estão muito longe daqueles que historicamente o *amicus curiae* trazia ao conhecimento do juiz quando, por exemplo, havia presenciado o julgamento de semelhante causa em distinto tribunal. Parece-nos então que assumir que os factos que o tribunal tem conhecimento por virtude das suas funções pudessem ser factos que o *amicus curiae* poderia trazer ainda hoje ao processo, seria ignorar a evolução dada ao longo de séculos à organização dos tribunais e da própria preparação do juiz. Se no entanto, autor houvesse que quisesse recuperar essa histórica função para fundamentar a utilidade hodierna do *amicus*, parece-nos suficiente este apontamento para afastar essa mesma possibilidade, dada a colmatação do sistema judiciário dessa lacuna por si próprio ao longo do tempo.

¹⁵³ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, 3ª Ed., Vol. III., 2012, pág.259.

¹⁵⁴ MAZZARELLA, “*Appunti sul Fatto Notorio*”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. II, 1934, pág. 64.

¹⁵⁵ F. CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. 1º, 1936, pág. 420.

determinada comunidade política e todavia ser ignorado pelo cidadão de cultura média. Exemplo: o mecanismo da variação do valor da moeda.

As doutrinas exactas são as que põem na base do facto notório a ideia do conhecimento. Facto notório é, por definição, facto conhecido. Mas não basta qualquer conhecimento; é indispensável um conhecimento de tal modo extenso, isto é, elevado a tal grau de difusão, que o facto apareça, por assim dizer, revestido do carácter de certeza.”¹⁵⁶

Descarta contudo o autor a fundamentação avançada por CALAMANDREI, baseada no conceito da “*esfera social*”, a “*massa de pessoas que, por motivos vários (de tempo, de lugar, de religião, de condição económica, etc.) têm interesses comuns e por isso uma comunidade de conhecimentos aptos para os satisfazer*”¹⁵⁷, por ser esta “*demasiado vaga e elástica*”. Seguindo o entendimento de DE STEFANO do facto notório como aquele que é conhecido do público (público como os sujeitos pertencentes à mesma comunidade política), faz ainda assim dois reparos antes de chegar à sua própria formulação:

“A primeira diz respeito à pluralidade dos sujeitos; a segunda diz respeito ao lugar. Não pode exigir-se que o facto seja conhecido pela totalidade absoluta dos cidadãos dum país ou duma região; basta que o seja pela grande generalidade, pelos homens a que chegam os meios normais de informação. (...)

Por outro lado, em vez de se atender ao critério político-administrativo, afigura-se-nos preferível tomar em consideração o critério judicial. Admitido que por público deve entender-se a massa de homens de certa região, o que está naturalmente indicado é que a região a considerar seja, não a autarquia local (província, concelho, freguesia) mas a comarca em que a causa ocorre.”¹⁵⁸

Porém, afastada que foi à época a redacção do artigo que dispunha que “*devem considerar-se notórios os factos que são de conhecimento geral, pelo menos na circunscrição judicial em que a causa corre*”, achou o jurista necessária a equivalência de factos notórios ao “*conhecimento geral*”. Assim:

¹⁵⁶ ALBERTO DOS REIS, *op. cit.*, págs. 259 e 260.

¹⁵⁷ PIERO CALAMANDREI, “*Per la definizione del fatto notorio*”, *Rivista de Diritto Processuale*, 1925, Nº 1, pág. 309.

¹⁵⁸ ALBERTO DOS REIS, *op. cit.*, págs. 260-261.

“Visto que a generalidade do conhecimento há-de ultrapassar os limites territoriais da comarca, temos de a referir a todo o território do Estado em que o pleito se debate. (...)”

*Também se não deve interpretar a fórmula “conhecimento geral” em termos absolutos. Conhecimento geral não é o mesmo que conhecimento por parte de todos os cidadãos portugueses; é o conhecimento por parte da grande maioria dos cidadãos do País, ou antes, por parte da massa de portugueses que possam considerar-se regularmente informados, isto é, acessíveis aos meios normais de informação.”*¹⁵⁹ Por último, formula ainda uma última subdivisão (no seguimento de DE STEFANO), entre factos que provêm de uma percepção directa pela generalidade (*i.e.* uma guerra, um terramoto, etc.) e aqueles que adquirem a sua notoriedade de forma indirecta, *“mediante raciocínios formados sobre factos observados pela generalidade dos cidadãos”*.¹⁶⁰

Acrescenta-se que esta é uma questão já largamente abordada pela jurisprudência nacional¹⁶¹ mas também estrangeira.¹⁶² Mais ainda, é possível entender que a opção pela formulação do conceito *“conhecimento geral”* (observável no n.º 1 do artigo 412.º do nosso CPC) nas normas de Processo Civil encontra difusão também em ordenamentos

¹⁵⁹ *Ibid.*, pág. 261.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pág. 262.

¹⁶¹ Veja-se, por exemplo os seguintes acórdãos:

Relação de Lisboa, Processo N.º 1378/10.3TVLSB-8 de 11 de Novembro de 2010, Relator MARIA AMÉLIA AMEIXOEIRA.

STJ, Processo N.º 05A3054 de 27 de Abril de 2005, Relator SILVA SALAZAR.

STJ, Processo N.º 087244 de 26 de Setembro de 1995, Relator TORRES PAULO.

¹⁶² A jurisprudência italiana é profícua nessa mesma questão, podendo atender-se, por exemplo aos Acórdãos n.º 2808/2013, 16959/2012, 23978/2007 ou 24959/2005 da *Corte di Cassazione* daquele mesmo país.

Do primeiro dos exemplos elencados podemos retirar o entendimento generalizado em Itália actualmente:

“Il fatto notorio, derogando al principio dispositivo ed a quello del contraddittorio e dando luogo a prove non fornite dalle parti e relative a fatti da esse non vagliati e controllati, dev'essere inteso in senso rigoroso, cioè come fatto acquisito con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile, e non quale evento o situazione oggetto della mera conoscenza del singolo giudice; conseguentemente, per aversi fatto notorio occorre, in primo luogo, che si tratti di un fatto che si imponga all'osservazione ed alla percezione della collettività, di modo che questa possa compiere per suo conto la valutazione critica necessaria per riscontrarlo, sicché al giudice non resti che constatarne gli effetti e valutarlo soltanto ai fini delle conseguenze giuridiche che ne derivano; in secondo luogo, occorre che si tratti di un fatto di comune conoscenza, anche se limitatamente al luogo ove esso è invocato, o perché appartiene alla cultura media della collettività, ivi stanziata, o perché le sue ripercussioni sono tanto ampie ed immediate che la collettività ne faccia esperienza comune anche in vista della sua incidenza sull'interesse pubblico che spinge ciascuno dei componenti della collettività stessa a conoscerlo; alla stregua di tali principi non rientra nella categoria del fatto notorio il valore di un determinato immobile, quando ne sia richiesta una precisa determinazione ai fini dell'individuazione della base imponibile di un tributo. Deve perciò essere cassata la sentenza di merito che affermi essere “notoria” la legittimazione di un funzionario a sottoscrivere gli atti impositivi, essendo stato tale potere accertato in altro procedimento deciso dallo stesso giudice. “

estrangeiros (como, naturalmente, em Itália¹⁶³, país largamente responsável pelo desenvolvimento destes conceitos).

LEBRE DE FREITAS discorda contudo desta exigência de publicidade do facto, extensível a todo o território nacional, avançando então com uma mais reduzida circunscrição geográfica que será suficiente para ter o facto como notório.¹⁶⁴ Antes de fazer o enquadramento das questões levantadas neste ponto com o nosso concreto estudo do *amicus curiae*, importa-nos manifestar a nossa concordância com a visão de LEBRE DE FREITAS. Parece-nos que, por razões de pragmatismo, coaduna-se aquela com um mais adequado desempenho das funções do juiz aquando do desenrolar do processo. Contudo, é também importante notar que o avanço civilizacional tem necessariamente de fazer questionar cada vez mais estas concepções, sob uma óptica actualista (porque os meios e a velocidade de circulação de pessoas e informação é radicalmente distinto do que se observava de algumas décadas a esta parte).

Enquadremos os factos notórios na actuação do *amicus curiae*. Desde logo é impossível deixar de detectar um largo paralelismo na terminologia associada a ambos os institutos (interesse social, relevância social, generalidade de sujeitos, etc.) e sem muito esforço de criatividade conseguiríamos associar boa parte da fundamentação daquilo que é um facto notório àquilo que o *amicus curiae* alegadamente traz ao processo (a teoria de MAZZARELLA quanto aos factos socialmente relevantes é por demais semelhante ao que tanta doutrina defende quanto aos interesses socialmente relevantes que o *amicus curiae* traz ao processo). Façamos desde já o alerta: não é nossa intenção afirmar que temos o *amicus curiae* como um mero veículo de comunicação de factos notórios ao processo. Porém, disseque-se o conceito de facto notório sob a forma de questão: um facto para ser notório tem de ser necessariamente observável directamente pelos sentidos (por exemplo uma desastre natural de largas dimensões ou um conflito armado) ou pode ter-se considerável como tal também realidades que extravasem aquela dimensão (por exemplo, o desconforto de uma comunidade com determinadas opções políticas ou a perigosidade de

¹⁶³ “Art. 115º, Codice di Procedura Civile

Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.”

¹⁶⁴ LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2º, 2001, pág. 397.

um bairro)? Se considerarmos que a notoriedade do facto tem abertura suficiente para abarcar realidades *quasi*-metafísicas (porque não assentes em realidades corpóreas ou directamente captáveis pelos sentidos sem necessidade de posterior raciocínio), parece-nos ao menos possível avançar com a ideia de que tais factos notórios podem absorver parte daquilo que a doutrina avança como os factos que o *amicus curiae* traz ao processo (por exemplo, o *amicus* que vem ao processo esclarecer o juiz quanto à posição da sociedade face a uma questão que já foi entretanto sujeita a referendo). Repetimos: não está em causa uma total absorção da utilidade do instituto mas sim o de uma fracção dessa mesma utilidade (seguindo o sentido daquele que é o fio condutor das nossas conclusões, do *amicus curiae* esvaziado de utilidade porque já distribuída essa por mecanismos actualmente existentes). Observado o atropelo entre as soluções adoptadas para os factos notórios e a eventual inclusão do *amicus curiae* no nosso processo, absorvem as primeiras a utilidade do segundo, sendo por demais evidente a desnecessidade de criar uma figura que traga ao conhecimento do tribunal factos que por definição dispensam em absoluto a necessidade de articulação pelas partes (e que não carecem de prova).

6 No confronto entre os dois entendimentos previamente referidos parece-nos que independentemente daquele que se siga no respeitante à qualidade que faz de um facto notório, o de conhecimento local (ou circunscrito, já que poderá não estar em causa meramente um referente geográfico) será sempre acessível – em primeira linha – naturalmente a um grupo mais escasso de indivíduos, ou melhor, será apenas exigível a um número menor de indivíduos conhecê-lo do que aquele que se teria como necessário se fosse adoptado o entendimento do facto notório como de conhecimento nacional. A mesma lógica aplica-se sem mais à extensão dos interesses suprapartes carentes de tutela/alegação/defesa/esclarecimento: restringindo-se a extensão geográfica e/ou social dos mesmos, encolhe também o número de interessados (ou “afectados”) nos mesmos (em princípio, pois, conforme demonstrado já pelos exemplos anteriores, pode um sujeito ser “interessado” sem que tenha contudo noção disso mesmo). Seguindo um paralelismo com as ordens de pensamento relativas aos factos notórios, aproveitamos as palavras de MAZZARELLA (“*Pode um facto ter grande relevo social e interessar conseqüentemente à generalidade dos homens de determinada comunidade política e todavia ser ignorado pelo cidadão de cultura média.*”) como ponto de partida. Nesse sentido, afiguram-se-nos as seguintes questões: em que momento passamos de interesses genéricos, tendencialmente

abarcadores de toda a sociedade em geral, para interesses localizados, associados a uma determinada região e/ou grupo social? Pode o *amicus curiae* pronunciar-se como representante de uma massa populacional que extravasa a sua própria “*esfera social*” (CALAMANDREI)? E se falamos da defesa de interesses restritamente colectivos, do exercício de influência na busca de determinada decisão em benefício de uma colectividade, não estaremos meramente a resvalar na actividade lobista?

A associação da actividade do *amicus curiae* à função dos *lobbies* não é de todo uma hipótese meramente académica ou sequer um exercício de fatalismo, ao presumir-se o pior no eventual deturpar da figura. Esta é uma realidade actual e constante, largamente observável no maior “mercado” dos *amici* – os EUA – e para a qual os próprios juízes daquele país vêm já alertando, no sentido de descortinar a verdadeira motivação por trás da submissão de boa parte dos *amicus briefs* nas altas instâncias daquela nação:

*“In its consideration of this case, the Court was the beneficiary of no fewer than 14 amicus briefs supporting respondents, most of which came from such organizations as the American Psychiatric Association, the American Psychoanalytic Association, the American Association of State Social Work Boards, the Employee Assistance Professionals Association, Inc., the American Counseling Association, and the National Association of Social Workers. Not a single amicus brief was filed in support of petitioner. That is no surprise. There is no self-interested organization out there devoted to pursuit of the truth in the federal courts. The expectation is, however, that this Court will have that interest prominently – indeed, primarily – in mind. Today we have failed that expectation, and that responsibility.”*¹⁶⁵

É por demais evidente que qualquer organização, colectividade, associação ou até sujeito singular tomará em linha de conta sobretudo e antes de mais os seus próprios interesses, podendo ou não coincidir estes com interesses supraindividuais (ou, no contexto de um processo, suprapartes). Nesta linha de pensamento, parece-nos relevante levantar a actividade das ONGs no contexto internacional para reforçar o nosso ponto de vista. As Organizações Não Governamentais tiveram (e têm) uma influência brutal no desenvolvimento desta figura em diversos ordenamentos jurídicos (bem como no

¹⁶⁵ *Jaffe v. Redmond*, 518 U.S. 1, 13 de Junho de 1996.
Justice ANTONIN SCALIA dissent.

panorama internacional), por via da sua larga utilização de *amicus briefs*, mesmo em ordens que formalmente não reconheciam tal possibilidade.¹⁶⁶ Nesse sentido, denota-se uma tentativa de normalizar a possibilidade deste sujeito intervir processualmente, estando as ONGs na linha da frente desse combate, nomeadamente nos ordenamentos de *civil law*, tradicionalmente menos receptivos à aceitação dos *amici*.¹⁶⁷

A percepção – sobretudo nos países desenvolvidos – da actividade destas organizações vai no sentido de as considerar defensoras, tendencialmente, dos sujeitos mais desfavorecidos. Protecção ambiental, direitos humanos, manutenção da paz, do desenvolvimento económico, social e cultural... Reconhecemos a nobreza de muita da actividade praticada por estas organizações, imensas vezes levada a cabo em países em que os governos locais (ou quem detenha o poder *de facto*) estão do lado absolutamente oposto. Contudo, há pontos que não podemos deixar passar na nossa análise.

A intervenção processual das ONGs como *amicus curiae* é várias vezes caracterizada pelo desequilíbrio com que o fazem: especialmente em países em desenvolvimento, larga é a medida em que a organização e a disponibilidade de meios (económicos, humanos, logísticos, etc.) é não só maior que a das partes mas até mesmo do próprio tribunal envolvido.¹⁶⁸ A par desta questão, levanta-se uma outra. Em geral, a influência das ONGs segue dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento. A questão aqui é óbvia: a agenda de determinadas ONGs, baseada nas agendas de países desenvolvidos, é a base da influência daquelas sobre os países num estado inferior de desenvolvimento.¹⁶⁹

O paralelismo pode e deve ser feito no plano interno. No nosso entender, receamos que a intervenção de um *amicus curiae* num processo entre duas partes “comuns” não seja mais que um mero veículo de exercício de influência por um terceiro, relacionado com questões que possam extravasar o mero interesse das partes. Por mais

¹⁶⁶ STEVEN KOCHEVAR, “*Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions*”, *The Yale Law Journal*, vol. 122, 2013, pag. 1664.

¹⁶⁷ LISE JOHNSON & NIRANJALI AMERASINGHE, *Protecting the Public Interest in International Dispute Settlement: The Amicus Curiae Phenomenon*, 2009, págs. 12-17.

¹⁶⁸ *I. e.* WT/GC/M/60 de 23 de Janeiro de 2001, *Minutes of Meeting*, par. 38.

“(…) the Appellate Body's approach would also have the implication of putting the developing countries at an even greater disadvantage in view of the relative unpreparedness of their NGOs who had much less resources and wherewithal either to send briefs without being solicited or to respond to invitations for sending such briefs.”

¹⁶⁹ STEVEN KOCHEVAR, *op. cit.*, pág. 1665.

“grandioso” que queiramos tornar o processo, a justa composição do litígio tem de ser objectivo essencial a ser cumprido. Não chega dirigir o processo para os interesses “meta-partes” se estas não virem o seu litígio resolvido. Essa mesma justa composição do litígio é pedra de toque do nosso Processo Civil, presente em diversas disposições.¹⁷⁰

Sabemos que o processo pode ser encerrado por várias vias,¹⁷¹ nem todas compostas por uma pronúncia de ordem material por parte do juiz. Contudo, o que importa não é apenas dar às partes o que elas querem (até porque amiúde dar a uma implica tirar ou pelo menos negar à outra) é também atingir a paz social por força do dirimir de litígios, é no fundo realizar a justiça. Há que ajuizar os efeitos do litígio para as partes ao invés de se considerar apenas os efeitos daquele caso (e da eventual sentença) para a sociedade. Parece-nos assim que, *in extremis*, o *amicus* pode ser um obstáculo a esse mesmo apaziguamento do conflito, na medida em que se lhe permita, não sendo ele parte, intervir no processo na “defesa” de um suposto interesse que supera o das partes e que pode até ser contrário às posições de ambos. Afigura-se-nos esta intervenção mais ajustada ao processo legislativo, que, aí sim, se dirige inequivocamente à comunidade e já não a indivíduos localizados, à ponderação de interesses na busca de soluções genéricas, já não à resolução de casos concretos.

7 No seguimento do ponto anterior, surgem-nos duas novas questões: por um lado, o que pode conferir “legitimidade de ciência”, arcaboço técnico, social ou intelectual (preenchendo as dimensões retóricas do *ethos* e *logos*) a um *amicus curiae* para surgir no processo como capaz de esclarecer o juiz ou informá-lo sobre matérias transcendentais aos interesses das partes; por outro, em que medida reflecte isto uma alegada “*legitimação democrática*”¹⁷² das decisões jurisprudenciais.

Quanto à primeira questão, não se nos afigura esta particularmente complexa perante a possibilidade de aceitar o *amicus curiae* quando este seja pessoa singular. Afinal

¹⁷⁰ *I. e.*, Arts. 6º nº 1; 7º nº 1; 37º nº 2; 411º CPC.

¹⁷¹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 3ª Ed, 2013, págs. 39-45.

¹⁷² HELLEN PAINELLI & GILSON SILVA, “A Concretização da Figura do *Amicus Curiae* à Luz do Novo Código de Processo Civil e a Sua Função Constitucional”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, Nº 5, 2016, pág. 686.

Numa posição observável na generalidade da doutrina brasileira, avançam os autores com a seguinte utilidade do *amicus curiae*: “(...) o Poder Judiciário não é dotado desta *legitimação democrática*, vindo o *Amicus Curiae*, através da pluralização da contenda processual, democratizar as decisões judiciais.”

de contas, seria esta apenas uma materialização da doutrina, uma *doctrina ex hominem*, não se exigindo a alguém que presta o seu contributo sob a forma do seu entendimento que o afaste a favor de uma pretensa imparcialidade de apreciação. Sabendo-se ainda assim que não é possível separar a doutrina do doutrinador, não se reveste ainda assim esta questão de problemática alguma, dada a exigência de imparcialidade imposta ao juiz na sua análise, sendo este o filtro máximo e final de “aplicação prática” da doutrina.

Porém, o mesmo não pode valer para grupos, associações, organizações ou qualquer outra forma de colectividade tendente à defesa, promoção ou tutela de determinados e restritos interesses porque já não é possível observar o binómio “um entendimento para um indivíduo”. E repetimos restritos porque qualquer grupo desta natureza circunscreve a sua razão de ser a restritos interesses (sejam eles colectivos, individuais ou supraindividuais mas não universais). Assim, não só se mantém a questão como a sua resposta toma a forma de um paradoxo: o que legitima uma determinada colectividade a apresentar-se ao processo sob a forma de *amicus curiae*? A representação dos interesses que lhe dão razão de ser, certamente. Mas, a partir do momento em que esse mesmo âmbito de representação se restringe, não passam a ser os interesses sob os quais a sua actividade versa a ser eles mesmo restringidos, impossibilitando-os de serem considerados como supraindividuais, tendencialmente de interesse universal? Por outras palavras, os interesses supraindividuais, ainda que possam interessar a um concreto sujeito (não podendo contudo radicar apenas na sua própria esfera jurídica pois, se assim fosse, estaríamos perante meros interesses individuais), têm necessariamente de interessar simultaneamente a um larguíssimo número de sujeitos. Assim, a supraindividualidade carece de uma relevante extensão demográfica para se ter como tal. As grandes questões que se levantam então são: qual a fronteira que separa um interesse supraindividual (acima dos interesses das partes no processo) de um mero interesse de terceiros (paralelo aos das partes no processo) e que critérios devem ser adoptados para se proceder a tal delimitação; estará essa fronteira baseada no número de sujeitos interessados e se sim, qual o número de interessados que poderá justificar utilização da fórmula “interesse supraindividual”; por último, como se poderá quantificar o número de interessados?

À partida, exemplos como as ordens profissionais ou académicas, partidos políticos ou entidades religiosas (a par de muitas outras) seriam desde logo incapazes de

quebrar este paradoxo, não sendo estas colectividades mais que meros representantes dos interesses dos sujeitos que as compoñham. E, até nesse ponto, poder-se-ia alegar que tal “procuração implícita” de representação de interesses carece em larguíssima medida de real fundamento já que fácil seria defender a posição de que a inclusão de um indivíduo numa determinada colectividade não lhe retira a capacidade de discordar das posições dos restantes membros (pense-se, por exemplo, numa deliberação tomada no seio de uma ordem profissional, oposta por 49% dos seus membros mas que ainda assim tem efeitos práticos para todos, mesmo para os que a ela se opuseram).

Pense-se no entanto, no contexto nacional, quantos grupos poderiam efectivamente representar os interesses supra-individuais universais e/ou esclarecer o juiz quanto à sua extensão ou composição. Eventualmente grupos ligados à preservação do ambiente, saúde pública, direitos do consumidor... Não é fácil estendermos muito mais este catálogo (e mesmo este não é imune à discussão, quer quanto ao catálogo em si, quer quanto à orientação a tomar na defesa desses mesmos interesses) e, menos ainda, abrir a porta a todo e qualquer “amigo do tribunal”, alegadamente dotado de capacidade de auxílio ao juiz. Não conceber uma tendencialmente ilimitada abertura do Processo Civil a toda e qualquer forma de *amicus curiae* (entenda-se, no que ao tipo de sujeito que como tal se apresenta ao pleito diz respeito) não significa para nós, contudo, uma total rejeição dessa eventual abertura. Teremos a oportunidade de posteriormente explanar essa fracção de receptividade da nossa parte.

8 O que queremos do Direito? No mesmo sentido, o que queremos do Processo Civil? Queremos algo intimamente ligado aos interesses das partes em primeira linha ou queremos um mecanismo de apaziguamento social? De realização do “direito justo” ou da prossecução de *policies*? Por certo o contexto é e sobremaneira sempre foi relevante quer na construção, quer na realização do Direito, pelo que não pode aquele ser menosprezado.¹⁷³

A nós, incomoda-nos a construção do pensamento jurídico como uma tecnologia, uma *social engineering*, não sendo o Direito concebido como mais que um mero “instrumento – uma “função” ou um “meio” simplesmente, que não uma entidade objectiva de uma qualquer autónoma subsistência – submetido e manipulado por uma

¹⁷³ A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica Problemas Fundamentais*, 2013, págs. 48 e 49.

racionalidade finalística, funcional e tecnológica (...)”, remetendo-o ao mero “(...) domínio das «tecnologias sociais».”¹⁷⁴

R. POUND, assumindo esta mesma posição, remetia a função do juiz ao mero reconhecimento do problema que se lhe apresentava como uma necessidade de harmonização de interesses sociais, devendo para tal aquele proceder a tal exercício de forma a assegurar a satisfação de todos esses interesses.¹⁷⁵ Mais acrescentou o autor, numa súpula do seu pensamento:

*“I am content to think of law as a social institution to satisfy social wants – the claims and demands involved in the existence of civilized society – by giving effect to as much as we may with the least sacrifice, so far as such wants may be satisfied or such claims given effect by an ordering of human conduct through politically organized society. For present purposes I am content to see in legal history the record of a continually wider recognizing and satisfying of human wants or claims or desires through social control; a more embracing and more effective securing of social interests; a continually more complete and effective elimination of waste and precluding of friction in human enjoyment of the goods of existence – in short, a continually more efficacious social engineering.”*¹⁷⁶

Em resposta a esta posição, encontramos os seus pés de barro na desmedida aproximação feita entre o Direito e distintas ciências, como é o caso da Economia. A quantificação dos “bens” limitados como manifestação corpórea dos interesses e necessidades dos sujeitos que deve o Direito harmonizar, dada a sua escassez, não tem absoluto cabimento na realidade. É certo que direitos há que se radicam em bens limitados (pense-se no direito de propriedade sobre prédios, sabendo-se de antemão que a superfície terrestre passível de apropriação é limitada) mas tal não é o caso a todo o momento (*e. g.* o direito à salubridade do ambiente não se limita a um só sujeito por dele se ter apropriado em primeiro lugar, os direitos de personalidade, porque inerentemente pessoais e por todos detidos não se inserem numa lógica de escassez e competição pela sua propriedade). Não só este paralelismo entre disciplinas é inconsequente e desajustado como abre a porta ao

¹⁷⁴ *Ibid.*, pág. 54.

¹⁷⁵ ROSCOE POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 1922, pág. 96.

“I do not believe the jurist has to do more than recognize the problem and perceive that it is presented to him as one of securing all social interests so far as he may, of maintaining a balance or harmony among them that is compatible with the securing of all of them.”

¹⁷⁶ *Ibid.*, pág. 99.

risco de que “(...) o entendimento de todo o universo jurídico se transformaria: o direito em si compreender-se-ia como uma estratégia político-social funcional e finalisticamente programada, a decisão concreta como uma tática de realização ou execução consequencial, a própria função judicial como instituição funcionalmente adequada a essa estratégia/tática.”¹⁷⁷

Não mantemos qualquer dúvida de que o *amicus curiae* dirige o Processo Civil (e por consequência o Direito no seu todo) neste sentido, como é possível observar na realidade norte-americana. A própria opção pela doutrina de fundamentar a actuação do *amicus curiae* no processo é sem sombra de dúvida reflexão de um pensamento que ganhou forma entre o séc. XIX e inícios do séc. XX e que se viu já largamente refutado, essencialmente em dois momentos: na própria fundamentação do pensamento e nas suas consequências.

Quanto ao primeiro momento (no qual é possível destringer uma certa aproximação às soluções adoptadas pelos sistemas de *common law*, numa lógica de construção do sistema de “baixo” (caso concreto) para “cima” (generalidade):

“Relativamente à função judicial, é bem elucidativo o modelo de juiz tecnocrata (...). O modelo de “justiça científica”, que é “essencialmente funcional, teleológica, instrumental, evolutiva e pragmática”, e segundo o qual “é tida como justa a solução mais adequada ao objectivo proposto pelo planificador social, sendo neste caso secundária a consideração de valores materiais ou de regras formais”. Será este um “modelo post-liberal”, que consagraria “o declínio da rule of law”, ou onde “the rule interpretative model” – modelo de decisão de casos concretos pela aplicação de valores ou regras gerais pré-estabelecidas – se superaria por “the judicial-power model” (...), aquele em que o juiz seria constitutivamente interventor, criador autónomo das soluções exigidas pelos fins e interesses sociais.”¹⁷⁸

Quanto às consequências de tal construção do pensamento jurídico, não só partilhamos das palavras que CASTANHEIRA NEVES profere (e compila) como as consideramos apropriadas ao estudo do *amicus curiae* e ao resultado expectável da sua intervenção no processo.

¹⁷⁷ A. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, pág 56.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pág. 59.

“O que não seria senão uma consequência do Estado-providência da sociedade post-industrial (Estado do “intervencionalismo sob a forma de redistribuição, de planificação, de subsidiação, de contrôle, de orientação, de investimento, etc.”) e igualmente de um direito correlativo, onde as “obrigações cujo respeito o juiz deve assegurar tomam a forma de directivas flexíveis ou de standards, onde os direitos subjectivos aos quais ele assegura a sanção tomam a forma de simples interesses e onde conceitos precisos como os da “cessação de pagamentos” ou de “culpabilidade” são substituídos por outros como a “viabilidade duma empresa” ou a “perigosidade de um indivíduo. Pois tudo isso obrigaria o juiz a decidir “inspirando-se nas finalidades sociais e políticas que presidam às instituições e mecanismos no seio dos quais se oferecem estes standards, interesses e conceitos.” E daí “uma mutação fundamental que transforma progressivamente o juiz em administrador”, que o convoca a “operar como agente da mudança social”, segundo um “método substancial, pragmático e instrumental”, e mediante o qual ele resolve os conflitos de interesses “inspirando-se nas finalidades económicas, sociais, etc., que lhe devem prevalecer”. Assim como uma instrumentalização do direito”, que o converte numa “técnica de gestão que visa promover o desenvolvimento económico e social óptimo da cidade”. E na base de tudo “a ideologia tecnocrática”, com a sua “legitimação pela performance ou a eficiência: uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim prosseguido e este fim é ele próprio desejável se produz resultados que satisfaçam uma finalidade mais geral; pouco a pouco constitui-se um sistema finalizado no seio do qual a lógica da performance acaba por sobrepor-se à própria desejabilidade do objectivo prosseguido, de sorte que uma relação instrumental ou causal (a relação meio-fim) acaba por se substituir a uma relação valoradora ou normativa” (...).”¹⁷⁹

Levada às suas últimas consequências, parece-nos que a intervenção do *amicus curiae*, sustentado que é por larga doutrina como “legitimador democrático” da decisão do tribunal, escancara a porta (porque sem dúvida alguma insere uma nova dimensão no processo, a da consideração em primeira linha do “*clamor social*”) a um cenário já perfilado por CASTANHEIRA NEVES. Se referência expressa ao *amicus curiae* não podemos retirar das suas palavras, parece-nos contudo que o espírito de tal instituto se encaixa perfeitamente no espírito da construção do pensamento jurídico (de mera

¹⁷⁹ *Ibid.*, pág. 60.

harmonização de interesses, num racional tecnocrático) que o autor vinha já à época criticando:

*“Se levarmos a sério e às últimas consequências a perspectiva em causa, o que teremos afinal é um sistema político-jurídico em que o direito deixa de ser tanto uma normatividade de garantia como uma axiologia ou um sistema de validades materiais pressupostas que se subtraia à contingência decisória numa intenção regulativa, e converte-se ele próprio num instrumento de todo relativizado a posteriori da sua própria performance, relativizado às suas consequências de momento e variáveis. Assim como a função judicial (enquanto paradigmática instituição do Estado de Direito) não passará de uma funcional longa manus da intervenção político-social ou de um seu mero alibi legitimante. Num caso, desaparecerá o Estado de Direito, transformado num Estado de mera administração, e, sob princípio *salus populi suprema lex*, o direito volta a ser, maquiavélica, totalitária ou tecnologicamente “o que é útil ao povo”; no outro caso, teremos uma “real desnaturação instrumental da justiça” (...).*

Aceite que seja o proposto modelo tecnocrático da função judicial, esta converter-se-á (...) numa outra função executiva, sem diferença essencial relativamente à executiva função administrativa: a sua intenção é igualmente finalístico-consequencial e o seu princípio estratégico-eficiente. Tanto é dizer que teremos, na verdade, radicalmente subvertido o sentido da função judicial no quadro do Estado de Direito. Pois o que a esta função aí lhe compete, e a diferencia no elenco das funções capitais do sistema político-jurídico desse tipo de Estado, é, no princípio de um estatuto de independência e como “terceiro imparcial”, o assumir e o actuar (fazendo cumprir) a “reserva de direito” que dá a dimensão “de direito” ao Estado (ao sistema político-social) e à comunidade em geral.”¹⁸⁰

Parece-nos que, na senda dos pretéritos autores que se expressaram (positiva ou negativamente) quanto a este modelo, fosse a inclusão do instituto do *amicus curiae* no Processo Civil matéria de estudo à época, este teria de ser necessariamente considerando como uma concretização prática daquela orientação tecnocrática, do juiz como administrador, do processo como concretizador do programa político-social. Como tal, analisando as críticas que lhe foram levantadas não se nos afigura despropositada a

¹⁸⁰ *Ibid.*, págs. 61 e 62.

adaptação daquelas à actuação do *amicus*, especialmente em resposta à alegação da tal “*legitimação democrática*” como benéfica e desejável dimensão processual.

9 Na sequência do ponto anterior, atentemos então na “*legitimação democrática*”, em que medida o *amicus curiae* para esta contribui e até que ponto este é sequer um parâmetro desejável do Processo Civil. Antes de mais importa-nos apontar que esta é uma característica prolífica nos autores que a si recorrem para justificar a inclusão do *amicus* nas ordens jurídicas e, mais concretamente, no Processo Civil, sendo o Brasil (não só, mas também) abundantemente povoado por doutrina que segue este entendimento.¹⁸¹

O Processo Civil não é nem pode ser hermeticamente encerrado dentro de si próprio, alheio ao contexto que o rodeia, seja ele histórico, cultural, axiológico e até mesmo político; porém, do Processo e, em primeira linha, do Direito, espera-se estabilidade, racionalidade e previsibilidade. Do juiz espera-se mais que do Homem médio, espera-se uma mais sóbria digestão das paixões sociais, uma suplantação da desinformação e incultura, uma rejeição de preconceitos e absoluta imunidade às indevidas influências e pressões a que aquele possa estar sujeito. As suas obrigações são antes de mais e sobretudo para com o Direito, a busca da verdade material e a justa composição do litígio. Mais: num momento histórico influenciado pela evolução tecnológica, a tendência é cada vez maior para uma mais polarizada sociedade, mais rapidamente movida por cada vez mais efémeras indignações, numa busca constante pela nova (ainda que apenas aparente) polémica mais recente. No nosso entender, seguir um caminho “à americana” (do qual não temos dúvidas de que é o estágio evolutivo último do *amicus curiae*), não mais seria que abrir a porta dos tribunais à celeuma social generalizada, sob o epíteto do concreto assunto que, *in casu*, se visse ser discutido no processo. E, se tais discussões podem e devem ser levadas a cabo, acreditamos que não é a sala de audiências o fórum adequado para que supostos

¹⁸¹ Entre outros:

CASSIO SCARPINELLA BUENO, *op. Cit.*, pág. 2.

“(…) não há como negar ao *amicus curiae* uma função de legitimação da própria prestação da tutela jurisdicional uma vez que ele se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz.”

<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/005.pdf>

(consultado a 9 de Maio de 2018).

ANTONIO DO PASSO CABRAL, *op. cit.*, págs. 23-26.

representantes de grupos interessados venham exercer a sua influência ou “prestar esclarecimentos”.¹⁸²

No entanto, voltando à necessidade de o Processo Civil não fechar os olhos à realidade que o rodeia, já o nosso legislador teve isso em conta no CPC, reconhecendo a relevância jurídica e/ou social das questões apreciadas em juízo como legitimadoras de revista excepcional de acórdãos da Relação (art. 672º n° 1 als. a) e b), CPC). Embora não nos cause qualquer tipo de incômodo o disposto na nossa lei processual, nem nos cause tormento o paralelismo que se possa levantar entre a referida relevância jurídica e a relevância social e o fundamento para a intervenção do *amicus curiae* no processo, mantemos quanto a ele uma certa dose de cepticismo. E porquê? Por duas ordens de razões, ligadas ao que até aqui vimos já levantando: por um lado, não se nos afigura fácil configurar um conceito de relevância social numa acepção delimitada, numa espécie de *numerus clausus* (pois imprevisíveis são esses mesmos presentes e sobretudo futuros “interesses de particular relevância social”); por outro, porque confiamos na sobriedade do juiz, seja de que instância for, como parte absolutamente imparcial, para ajuizar de tal relevância, desconfiando contudo do *amicus curiae* (sobretudo se lhe concedida a possibilidade de surgir espontaneamente no processo) para alegar tal relevância social justificadora da sua colaboração.

Não é esta uma inquietação que tenhamos só em relação a este ponto mas levanta-se aqui sobremaneira: em que medida pode “o” – artigo definido – (não “um”, artigo indefinido) *amicus curiae* presente no processo ser “legítimo” representante dos interesses que alega (ou que outrem alega) representar? Incomoda-nos severamente a inexistência de uma qualidade análoga à de legitimidade processual que justifique, não a existência do *amicus curiae per se*, mas a intervenção “daquele” *amicus curiae* “naquele” processo e que extravase a mera característica sombria de “utilidade ao processo”.

Já quanto à especificidade da relevância jurídica, teve tal conceito densificação jurisprudencial na nossa própria ordem jurídica, importando nele atentar sob a óptica do estudo do *amicus curiae*:

¹⁸² Tenha-se em consideração o já referido caso *Webster v. Reproductive Health Services* e os 78 *amicus briefs* àquele submetidos, num exemplo típico de tentativa de modelação da ordem jurídica ao invés de uma contribuição para a resolução de um concreto litígio.

“A relevância jurídica de uma questão deve revelar-se pelo elevado grau de complexidade que apresenta, pela controvérsia que gera na doutrina e/ou na jurisprudência ou ainda quando, não se revelando de natureza simples, se revista de ineditismo ou novidade que aconselhem a respetiva apreciação pelo STJ, com vista à obtenção de decisão suscetível de contribuir para formação de uma orientação jurisprudencial, tendo em vista, tanto quanto possível, a consecução da sua tarefa uniformizadora.”¹⁸³

“O pressuposto de admissibilidade do recurso de revista excepcional previsto no art. 672.º, n.º 1, al. a), do NCPC (2013) 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.”¹⁸⁴

A complexidade da questão, a necessidade de esclarecimento e aprofundamento doutrinários e jurisprudenciais compõem essa mesma relevância jurídica. Falamos assim de terrenos decisórios instáveis, carentes de alicerces que concedam estabilidade ao sistema jurídico no seu todo e, por conseguinte, à sociedade. Porque inevitáveis julgamentos futuros haverá de casos ligados às mesmas questões, subentende-se a importância que estes momentos terão, não só para os casos em concreto mas também para os tais subsequentes e hipotéticos casos futuros e para a ordem jurídica no seu todo (o precedente de jurisprudência, ainda que de forma relativa, não vinculativa,¹⁸⁵ terá sempre peso futuro). Há no entanto uma outra característica que nos interessa aqui trazer: o desfasamento temporal entre os factos ocorridos (ou em ocorrência) e o “tratamento autónomo e específico pelo legislador” de tais situações.¹⁸⁶

¹⁸³ *Boletim Anual de 2015, Selecção de Acórdãos, Revista Excepcional:*

Revista excepcional n.º 1380/13.3T2AVR.C1.P1 de 11 de Fevereiro de 2015, ALVES VELHO (relator), pág. 6.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, Revista excepcional n.º 215/13.1TVLSB.L1.S1 de 29 de Maio de 2015, BETTENCOURT DE FARIA (relator), pág. 25.

¹⁸⁵ Pese embora a possibilidade de estarmos perante Acórdão de Uniformização de Jurisprudência (CPC, Arts. 215.º; 627.º n.º 2; 629.º, n.º 2 al. d); 671.º n.º 2 al. b); 672.º n.º 1, al. c); 686.º ss.

¹⁸⁶ *Op. cit.*, Revista excepcional n.º 6427/09.5TVLSB.L1.S1 de 13 de Janeiro de 2015, NUNO CAMEIRA (relator), pág. 3.

“Constitui questão de indiscutível relevo jurídico, claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, para efeitos do disposto no art. 672.º, n.º 1, al. a), do NCPC (2013), a questão da qualificação do contrato atípico de instalação de lojista em centro comercial, considerando, por um lado, que o mesmo ainda não foi objecto de tratamento autónomo e específico pelo legislador e, por outro, o enorme incremento

De há décadas a esta parte, a actividade legislativa tem dado mostras de vir falhando em prever a realidade, tornando-se a espaços reactiva ao invés de preventiva. Em momentos por inércia ou incompetência, noutros porque a realidade simplesmente avança a uma velocidade não comportada pelos tradicionais meios da actividade legislativa, a verdade é que o risco existe de que por entre as brechas da lei venham escapando questões que acabem por recair sobre a barra dos tribunais sem que “bom” Direito exista já para que o juiz possa previsível e estavelmente decidir como se lhe exigiria em qualquer outro caso concebível. Mais nos causa receio a intervenção do *amicus curiae* nestes casos, não porque possamos deter algum receio de que possa ser subvertida a função do juiz mas porque inerente a estes casos, a falha encontra-se ainda no momento anterior – o legislativo. Nesse sentido, a intervenção de um *amicus curiae* como esclarecedor de uma situação que não tem ainda devida solução legal não mais se nos afigura que como uma espécie de *lobbying* dirigido ao juiz que (ainda que se possa defender ou condenar a sua actividade no processo legislativo) não pode ter lugar no Processo Civil. Ainda que possamos conceber o carácter benéfico de um actor interveniente neste momento de carência de auxílio de juiz, nunca o poderemos conceber como *amicus curiae* pois este, enquanto representante de interesses, prossegue a “sua” solução, não necessariamente a melhor solução. Para além disso, a tal solução necessária terá sempre de se dirigir à resolução do problema a montante – na criação do Direito – sob pena de, a jusante – na aplicação do Direito – as questões se levantem uma e outra vez sem que se possa apontar alguma decisão como tendencialmente estável e semelhante às que se refiram a casos semelhantes (mesmo que em instâncias superiores)¹⁸⁷.

10 Já nesta secção tivemos oportunidade de apresentar um paralelismo entre a actividade internacional das ONGs aquando da sua submissão de *amicus birefs* e a eventual actividade de um *amicus curiae de iure condendo* no plano interno, especificamente no tocante ao exercício (devido ou indevido) de influência e ao

a que se tem assistido no nosso país da construção de centros comerciais, dando origem a litígios radicados nas dúvidas que continuam a suscitar-se a respeito da sua disciplina jurídica.”

¹⁸⁷ Pense-se num caso como o que opõe a UBER aos taxistas portugueses. Carecendo a actividade dos primeiros de regulamentação própria, os juízos por parte do tribunal não mais são que soluções temporárias (e roçando quase a arbitrariedade, por estarem os juízes sujeitos às lacunas legais existentes) para um problema que carece acima de tudo de tratamento legislativo e não judicial.

<https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/detalhe/tribunal-diz-que-cabify-taxify-e-uber-nao-podem-ser-multados>

(consultado a 12 de Maio de 2018).

desequilíbrio de forças que aquele poderia causar, não só entre as partes mas até mesmo entre estas e o próprio *amicus*. Neste particular caso, é inevitável a analogia entre a actividade do *amicus*, que, movido por um interesse alegadamente supraindividual, terá necessariamente de procurar (numa extensão lógica do alcance dos interesses supraindividuais) a resolução de todos os casos semelhantes segundo o seu próprio entendimento, mesmo que intervindo apenas num juízo em concreto, sob pena de ter de se considerar afinal o concreto interesse apenas como particular por apenas estar ligado àquele específico caso. Mas, a nossa dúvida é esta: se o *amicus* (especialmente o *amicus* que surge por iniciativa própria no processo) se move por interesses supraindividuais, que estarão ligados a todos os casos semelhantes, não será a solução ideal a que se criar a montante, sob a forma de lei, ao invés de a jusante, sob a forma de sentença judicial (como já questionámos)? E, procurando-se o exercício de influência no momento da redacção legal, não é essa a vera essência da actividade de um lobista, que tendencialmente gravita em torno do poder legislativo (como também já questionámos)?

De mãos dadas com esta questão, parece-nos que a tão recorrente justificação da “legitimação democrática” da função judicial¹⁸⁸ radica numa indevida deslocação daquele conceito do momento legislativo para o judicial, sendo aquele primeiro o momento útil e adequado à estruturação da ordem jurídica no sentido da defesa dos interesses supraindividuais. Admitimos que, faltando o estímulo legislativo, o exercício de tal pressão sobre o juiz (ao invés do legislador) poderá ser útil em casos extremos, de absoluta inércia indevida ou incompetência do legislador; porém, estabelecer essa possibilidade *a priori*, é tentar fazer do Processo Civil um subsidiário do processo legislativo, numa lógica típica dos modelos de *common law* ou da já referida *social engineering*. Além do mais, não estamos certos de que não se cruzaria a linha essencial da separação de poderes, pondo em

¹⁸⁸ JORGE BAQUERIZO MINUCHE, “*El Amicus Curiae: Una Importante Institución Para la Razonabilidad de las Decisiones Judiciales Complejas*”, *Revista Jurídica*, Ed. 21, 2004, págs. 20-23
“(…) *el amicus curiae se muestra como un claro mecanismo que permite no sólo la ampliación de participantes en el debate procesal sino también la mayor legitimidad funcional de la potestad jurisdiccional ejercitada por el juzgador.*”

VICTOR BAZÁN, “*El Amicus Curiae en el Derecho Comparado y su Instrumentación Reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia Argentina*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2006, pág. 36.
CASSIO SCARPINELLA BUENO, *op. cit.*, pág. 2.

“(…) *não há como negar ao amicus curiae uma função de legitimação da própria prestação da tutela jurisdiccional uma vez que ele se apresenta perante o Poder Judiciário como adequado portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz.*”

causa a sua própria configuração: da democracia, do voto, dependem directa ou indirectamente os poderes legislativo e executivo; o poder judicial é por natureza isento da vontade popular, expressa nas urnas. Para além do mais, o poder judicial é absolutamente essencial no momento de controlo da legalidade das actividades legislativa e executiva. Essa pretensa legitimação democrática da actividade do tribunal, no nosso entender, não tem relevância e mais, é nefasta. A volatilidade da vontade popular não se coaduna com a sobriedade e solenidade do processo, não podendo o juiz ser peão da justiça popular. Estranho nos parece que se possa defender que um hipotético terceiro possa influenciar o momento de redacção, execução e controlo da lei, *à la* juiz, júri e carrasco. Mais ainda, numa lógica de “controlo” sobre a actividade do juiz, parece-nos que o risco de exercer influência sobre um só indivíduo (ou reduzido número de indivíduos, quando em causa esteja um colectivo de juízes), por forma a, ao menos indirectamente, acautelar interesses que extravasam os das partes, torna a actividade do *amicus curiae* propícia à subversão do escrutínio da actividade legislativa que, essa sim, deve acima de tudo verter a sua actuação para o geral e nunca apenas para o particular. O risco que aqui percebemos é o de que o juiz, numa actuação individual e movido pela influência de uma suposta representação devida dos interesses supraindividuais, seja mais facilmente movido pelas suas próprias paixões, descaído na actividade política (em detrimento da sua verdadeira actividade, a judicial) sendo “económica e logisticamente” mais viável tentar influenciar um só indivíduo ao invés de uma número mais alargado de sujeitos (como seriam os constituintes, por exemplo, da Assembleia da República).

Na nossa óptica, deslocando a *raison d'être* do *amicus curiae* (segundo o seu radical histórico e doutrinal) para o momento que se coaduna com a nossa ordem jurídica no seu todo (e já não só o Processo Civil de forma isolada), o momento legislativo é então aquele que mais absorve as utilidades do *amicus*. Para tal, levantamos dois mecanismos que nos parecem ocupar uma significativa porção do espaço de utilidade que àquele lhe poderíamos reconhecer: o direito de petição e o direito de acção popular.¹⁸⁹

É necessário ter presente que, formalmente, a intervenção do *amicus curiae* num processo em curso é distinto do exercício do direito de petição ou de acção popular no sentido em que, no primeiro, a janela de oportunidade para a sua intervenção se consigna

¹⁸⁹ Art. 52º da Constituição da República Portuguesa.

ao período de duração do processo; ao invés, as duas outras figuras podem ser utilizadas a qualquer momento. Por outro lado, tais soluções destinam-se a reagir contra ou estimular a acção de sujeitos dotados de *ius imperium*.¹⁹⁰ Assim, se estas duas figuras podem não dar solução aos processos que se vissem já em curso, podem ser de utilidade para questões futuras. Vejamos primeiro a figura da acção popular,¹⁹¹ atentando na seguinte disposição:

“Artigo 1º

Âmbito da presente lei

1- A presente lei define os casos e termos em que são conferidos e podem ser exercidos o direito de participação popular em procedimentos administrativos e o direito de acção popular para a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções previstas no nº 3 do artigo 52º da Constituição.

2- Sem prejuízo do disposto no número anterior, são designadamente interesses protegidos pela presente lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público.

Artigo 2º

Titularidade dos direitos de participação procedimental e do direito de acção popular

1- São titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de acção popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda.

¹⁹⁰ Em consonância com o que temos e continuaremos a defender, a defesa de interesses supraindividuais terá superior eficácia quando no pleito esteja a Administração Pública como parte, já que terá esta natural capacidade de influenciar os comportamentos da sociedade (como tem o legislador, ainda que de forma distinta) de formas inacessíveis a sujeitos de sujeito privado.

¹⁹¹ Temos consciência de que pisamos aqui terrenos do direito administrativo, porém, não nos parece útil uma formalista rigidez que tenha como intuito compartimentar os vários ramos do Direito. O Direito não é estanque e em larga medida, certos interesses podem em teoria interessar quer ao Direito Civil, quer Administrativo.

2- *São igualmente titulares dos direitos referidos no número anterior as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área de respectiva circunscrição.*”¹⁹²

Perguntamos: o que é isto se não o que um *amicus curiae*, representante de interesses suprapartes, pretende ao intervir no processo? Em que interesses pode a sua intervenção radicar que não sejam os aqui apontados? Mais: se acrescentarmos entidades públicas ao catálogo, quem mais podemos idealizar como *amicus curiae* que aqui não esteja elencado? Considerando este regime legal existente, não poderá ser ele tão ou mais útil na defesa de interesses colectivos, transcendentais ao do sujeito individualmente considerado que a intervenção de um hipotético *amicus* num eventual processo? Este é sem dúvida um caso de excepção no nosso ordenamento e de forma alguma consideramos que estas soluções possam substituir um “ordinário” processo civil. É porém incontestável que a utilização do *amicus curiae* no Processo Civil (tomasse aquele existência no direito pátrio) seria também ela própria uma situação extraordinária, a ocorrer apenas de forma pontual. Parece-nos contudo que parte desse reduzido número hipotético de casos teria nos mecanismos aqui avançados melhor solução.

Mais ainda se acrescenta a propósito do *amicus* como um legitimador democrático: se função tem o artigo 52º da CRP, é a de consagrar o direito à intervenção e participação democrática dos cidadãos na vida pública (“1 - *Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação*”) bem como “a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural” (nº 2 al. a)) – interesses tantas vezes catalogados como sustentadores por excelência da actividade do *amicus*. Dado o ênfase que boa parte da doutrina dá ao carácter de legitimação democrática (do *amicus curiae*) das decisões judiciais,¹⁹³ parece-nos que, mais uma vez, a expressão a que teremos

¹⁹² Lei nº 83/95 de 31 de Agosto, com a última redacção dada pelo Decreto-lei nº 214-G/2015, de 2 de Outubro.

¹⁹³ Para além de vários dos autores já citados:

de recorrer é a seguinte: ainda que reconhecêssemos utilidade à figura, viria ela ocupar um espaço já ocupado por outros mecanismos de superior qualidade.

II Ao longo da nossa tese, tentámos assumir uma estrutura que permitisse o mais possível dar a conhecer os factos relevantes – sejam eles de carácter histórico, sistemático, normativo, *etc.* – sem tingir essa mesma posição com tomadas pessoais de posição. No assumir desse desenho do nosso escrito, quisemos dar conta daqueles que são os tópicos para nós essenciais e depois sim prestar o nosso próprio entendimento.

Previamente lançámos à discussão a possibilidade de, não só o *amicus curiae*, mas qualquer interveniente no Processo Civil, para tal capacitado, estar limitado a três tipos distintos de informações relevantes para o tribunal, a saber: conhecimentos de facto, conhecimentos técnicos e conhecimentos de Direito. No sentido de circunscrever a qualidade da matéria trazida ao processo, importa primeiro qualificar a natureza jurídica do *amicus curiae*, apontando assim as vestes que pode este assumir.

Para dar resposta à dúvida do parágrafo anterior, recordemos aquilo que legislador brasileiro dispõe no (já referido) art. 138º do Código de Processo Civil Brasileiro, que consagrou a figura do *amicus curiae* no seio daquela ordem jurídica.¹⁹⁴

Desde logo discordamos da opção por tamanha discricionariedade (sendo esta de índole variada). Em primeiro lugar, a não definição do espaço de intervenção tenderá inevitavelmente a que o *amicus* venha a absorver ou pelo menos colidir com a utilidade de outros intervenientes (por exemplo o perito e a testemunha mas até mesmo as partes). Mais: se o legislador, no nosso entender, abriu a porta à confusão e ao atropelo de mecanismos, mais ainda a doutrina contribui para este fenómeno. Referimos novamente SOARES & WINKLER pois parecem-nos fazer sùmula daquilo que afirma a generalidade da doutrina brasileira quanto a este assunto:

“Notadamente o amicus curiae é utilizado para aprimorar qualitativamente as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, contribuindo na produção de soluções mais rentes ao clamor social. Formalmente, a atuação do amicus curiae tem natureza de

ANTONIO DO PASSO CABRAL, *op. cit.*, págs. 23-26.

¹⁹⁴ Entenda-se esta consagração como a que especificamente diz respeito ao Processo Civil daquele país pois, como já tivemos oportunidade de referir, o *amicus curiae* está previsto no Brasil também em regimes distintos.

parecer técnico, sendo ato típico da fase instrutória. Sob o ponto de vista de seu objetivo, a intervenção do amicus curiae tem foco no enriquecimento do debate jurídico, por meio de aporte de argumentos originais, sejam interpretativos, fáticos ou de natureza técnica, o que acera o caráter democrático-social da jurisdição.

Assim, facilmente se vê que o amicus curiae não se confunde com assistente litisconsorcial e não possui legitimação para defender a qualquer custo seus próprios interesses, como o fazem as partes. Não que o amicus curiae não exerça a defesa de direitos, pois o faz invariavelmente, mas tal ocorrência deve ser consciente de seu papel no enriquecimento do debate jurídico, em contribuir para uma decisão mais justa.

Entretanto, ainda que assim seja, não se pode olvidar que o amicus curiae acalenta interesse próprio em fazer prevalecer a sua tese, que é notoriamente conhecida. Bem por isso, facilmente se vê que o amicus curiae não é auxiliar do juízo, pois defende um interesse coletivo que não deixa de ser um interesse próprio e, no mais das vezes, coincide com o interesse de uma das partes.

Em aprofundamento, com fulcro na finalidade da participação do amicus curiae, poderia se defender que não se trataria de modalidade de intervenção de terceiros, sendo uma forma efetiva de participação da sociedade na construção de decisão judicial em casos de grande repercussão.

Todavia, sabemos que terceiro é aquele que não pode ser atingido diretamente pela decisão que afetar as partes. Então, o argumento que parece distanciar o amicus curiae da tipicidade de terceiro, aquele que seria indiferente à causa, justamente acaba por aproxima-lo dessa tipicidade e mais, especificar uma modalidade de intervenção de terceiros sui generis, visando ampliar o debate das questões suscitadas.

Assim, ainda que o amicus curiae possa carregar a função de democratizar a discussão sobre matéria decisória relevante, segundo o que pensamos, mantém-se o amicus curiae entre as modalidades de intervenção de terceiros, mas com nítido interesse no resultado da causa, não de forma individual, mas para influenciar resultados decisórios de cunho coletivo.”¹⁹⁵

¹⁹⁵ MARCELO NEGRI SOARES & CAMILA GENTIL WINKLER, *op. cit.*, pág. 205.

Frequentemente, quando confrontados com o “amigo da corte”, a questão “o que é o *amicus curiae*” exigia, por forma a conseguir limitar ainda que timidamente o seu espaço de utilidade, que se formulasse da seguinte forma: “o que não é o *amicus curiae*?”. No caso brasileiro, parece-nos cobrir este todo o hipotético espectro de utilidade, incorrendo por isso mesmo em contínuas contradições e incompatibilidades classificativas: não tem interesse mas é interessado; é terceiro mas é afectado (ainda que indirectamente) pelas decisões; ajuda a interpretar mas veicula também para o processo esses mesmos factos carentes de interpretação; pode vir ao processo por mão do juiz, das partes mas também por sua própria vontade; não está limitado no objecto das suas alegações; o regime dedicado aos seus poderes é casuístico; não sendo tido como parte, não poderá estar sujeito ao efeito de caso julgado. Incomoda-nos deveras este carácter etéreo do *amicus* no Processo Civil que nele surge para – inadvertida ou conscientemente – exercer influência na prossecução dos seus interesses sem que, em contrapartida, seja sujeito a um ao menos previsível e estável regime processual. Nem aceitamos sequer a justificação de que estamos perante uma eventual superioridade moral dos interesses a que um *amicus curiae* estará adstrito, dada a sua suposta representação dos interesses da colectividade, pois historicamente não faltam exemplos de que a força da maioria (ou pelo menos dos grandes números) não vive necessariamente de mãos dadas com a força da justiça e da razão.

Parece-nos assim que a formulação adoptada pelo legislador brasileiro (carecendo para além do mais de densificação do seu regime) convida a uma larga ambiguidade, confusão e aproveitamento indevido, quer dos casos em que se pode recorrer àquele instituto, quer de quem pode ser tido como *amicus curiae* para o processo.

Para além do mais, ainda que admitamos que o *amicus curiae* represente interesses supraindividuais e que estes digam respeito à comunidade no geral (ou pelo menos a boa parte desta), não consideramos que essa seja uma função específica e exclusiva daquele, nem tampouco lhe concedemos tanta importância ou utilidade como parte da doutrina lhe tenta atribuir.

12 Materialização das nossas anteriores considerações, encontra o art. 31º do nosso CPC espaço para ilustrar essa mesma falta de exclusividade do *amicus curiae* na defesa de interesses supraindividuais, ou, na expressão do nosso legislador, “interesses

difusos”¹⁹⁶ (não só mas também a “defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, (...) proteção do consumo de bens e serviços”).

Pois bem, não tendo procedido o legislador à enumeração de um elenco fechado de interesses dignos de tutela (tal não só não seria prático como não seria de todo exequível), deu-nos uma óptima ilustração daquilo que largamente vem defendendo a doutrina como os interesses que, por excelência, o *amicus curiae* representa: difusos pois relevantes até para aqueles que nem deles suspeitam da sua existência.¹⁹⁷ Dir-se-á, e acertadamente, que esta solução diz respeito à legitimidade para propor acções e intervir em acções e procedimentos cautelares que digam directamente respeito a estes interesses e já não à possibilidade de os alegar em processos que não digam a eles directamente respeito ou que não foram sequer neles alegados. Tal afirmação é correcta e não foi nossa

¹⁹⁶ A semelhança que avançamos prende-se com a terminologia e com o próprio elenco dos interesses envolvidos, não sendo nossa intenção diluir este mecanismo e o instituto do *amicus curiae* num só, como demonstraremos.

¹⁹⁷ Veja-se o que a jurisprudência nacional vem avançando, no sentido de definir o conceito e de o distinguir dos que lhe mais próximas:

Acórdão STJ 7617/15.7T8PRT.S1 de 8 de Setembro de 2016, Relator OLIVEIRA VASCONCELOS;

“I - A ação popular tem como objecto a tutela de interesses difusos (o que compreende os interesses difusos *stricto sensu*, os interesses colectivos e os interesses individuais homogéneos), os quais se caracterizam por possuírem uma dimensão individual e supra individual, pela sua titularidade caber a todos e a cada um dos membros de uma classe ou de um grupo (independentemente da sua vontade) e por recaírem sobre bens que podem ser gozados de forma concorrente e não exclusiva. (...)

III - A tutela do interesse difuso supõe a abstracção de particularidades respeitantes a cada um dos titulares, pois o que sobreleva é a protecção do interesse supra individual e a prossecução da finalidade visada com a sua criação na ordem jurídica, o que prescinde da apreciação de qualquer especificidade; porém, quando por intermédio daquela acção se almeje a tutela de um interesse colectivo, releva a protecção de situações individuais dos respectivos titulares, sendo que tal é admissível apenas até ao limite em que seja aceitável uma apreciação indiferenciada das mesmas, sem que, contudo, se dispense a análise individualizada de cada uma.

IV - Posto que a ação popular não é admissível quando o demandado possa invocar diferentes defesas contra os vários representados, deve-se atentar na posição por este assumida, assumindo-se assim aquela possibilidade como um critério prático para discutir a sua admissibilidade.”

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 0000836 de 28 de Março de 1996, Relator URBANO LOPES DIAS.

Seguindo o entendimento de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA in Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª Ed., 1993, 1º Vol., pág. 280 e 281.

“(…) há que distinguir: (1) o interesse individual, isto é, o direito subjectivo ou interesse específico de um indivíduo; (2) o interesse público ou interesse geral, subjectivado como interesse próprio do Estado e dos demais entes territoriais, regionais e locais, (3) o interesse difuso, isto é, a refração em cada indivíduo de interesses unitários da comunidade, global e complexivamente considerada; (4) o interesse colectivo, isto é, interesse particular comum a certos grupos e categorias.

A ação popular tem sobretudo incidência na tutela de interesses difusos, pois sendo interesses de toda a comunidade, deve reconhecer-se aos cidadãos *uti cives* e não *uti singuli*, o direito de promover, individual ou associadamente, a defesa de tais interesses.”

Acórdão STJ 03A1243 de 7 de Outubro de 2003, Relator NUNO CAMEIRA.

intenção querer demonstrar que o referido artigo assume as vestes de uma solução (formalmente) idêntica à do *amicus curiae* e absolutamente absorvente das supostas funções deste. Tão só queremos demonstrar que, como nos parece ser recorrente, esta seria uma eventual via de utilidade para o *amicus* que, contudo, se encontra já prevista e como tal desnecessitada de outro mecanismo que viesse realizar a mesma função.¹⁹⁸

13 Prosseguindo este exercício de restrição da utilidade do *amicus curiae*, importa averiguar da possibilidade de este ocupar o mesmo espaço de actuação da parte, da testemunha e do perito.

Começando pelas partes, tivemos já oportunidade de analisar o fundamento da sua presença no processo, o que sustenta a sua legitimidade, bem como os distintos arranjos das partes – a legitimidade singular mas também plural, sob a forma de litisconsórcio ou coligação. Nesse sentido, foi-nos possível expor o interesse directo (em demandar, para o autor; em contradizer, para o réu), como fundamento da legitimidade processual, bem como em que consiste esse mesmo interesse directo. No seguimento destes considerandos, compete-nos enquadrá-los com a possibilidade de estes poderem vir a justificar a existência do *amicus curiae* como uma espécie de parte no processo. Para nós, a questão manifesta-se da seguinte forma: poderão os interesses supraindividuais valer para o Processo Civil como fundamento da legitimidade processual à semelhança do que ocorre com os interesses directos, tipicamente de ordem individual (individual no sentido de serem limitados a um número restrito de sujeitos, mesmo que em número plural, como ocorre com os casos de coligação e litisconsórcio)? No nosso entender, não, não podem relevar da mesma forma, não sendo esta uma distinção meramente formal, suportada num eventual catálogo de interesses possíveis. Entendemos que os interesses supraindividuais (ou difusos, nos casos colhidos pelo art. 31º do CPC) se radicam em situações e direitos que, embora possam afectar a esfera jurídica de determinado sujeito, este não pode tê-los como somente seus, *e.g.* será o indivíduo legítimo titular do direito à salubridade do ambiente e dos espaços públicos e terá a legitimidade de assegurar por via dos tribunais o

¹⁹⁸ Para um compêndio de jurisprudência relativo à tutela dos interesses difusos, veja-se: ABÍLIO NETO, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2ª Ed. Revista e Ampliada, 2014, págs. 70-73. Observa-se a homogeneidade entre o catálogo de interesses apresentados e aqueles que a doutrina tende a apontar como os que fundam a actuação do *amicus curiae*, não limitados a mas também: a protecção dos interesses dos investidores, dos consumidores, a defesa dos direitos dos animais, protecção ambiental, saúde pública, etc.

respeito por esses mesmos direitos mas o mesmo se poderá dizer de qualquer outro sujeito colocado não só hipotética mas concretamente em posição semelhante à sua; porém, tal direito não se radica unicamente na sua esfera jurídica, sendo aquele transversal à colectividade no seu todo (ou pelo menos à generalidade dos seus membros); para além do mais falamos sempre de uma reflexão indirecta na esfera pessoal do *amicus*.¹⁹⁹ Baseando o *amicus curiae* a sua intervenção em tais interesses, parece-nos que desde logo terá de se excluir como parte principal ou como interventor terceiro (conforme se dispõe nos artigos 311º e seguintes do CPC) dada a falta desse mesmo interesse directo.

14 No confronto com os restantes intervenientes processuais tendencialmente mais próximos, interessa-nos agora prestar o nosso entendimento quanto ao possível espaço de actuação do *amicus curiae*, ombreando este quer com a testemunha, quer com o perito. Enquanto meios de prova manifestados sob a forma de sujeitos, é natural que sejam só estes e não outros (*e.g.* a prova documental) a surgir no confronto com a intervenção do *amicus*, porque semelhante é também a sua actuação: um relato pessoal com vista ao esclarecimento do juiz. Porém, o conceito de interesse directo – como se atribui ao autor e ao réu – ao mesmo tempo que exclui a possibilidade de o *amicus* ser considerado como parte no processo, serve ainda para distinguir esta última das figuras de testemunha e perito, já que não comportam estas em si tal qualidade de interesse (mesmo que possam até para si estar em causa interesses indirectos).

Apesar da falta de interesse directo (em demandar ou em contradizer), em momento algum achamos que o *amicus* é um sujeito desinteressado, desprovido de volição na prossecução de determinado resultado. Antes pelo contrário: em sentido oposto à composição original do *amicus curiae*, imparcial e desapaixonado, entendemos que o *amicus curiae* hodiernamente pauta-se por uma parcialidade e interesse numa determinada decisão do tribunal, só assim podendo ter cabimento teórico (ainda antes de tomar sequer cabimento prático). Nem sequer consideramos que o mero auxílio ao juiz na sua actividade interpretativa dos factos ou do direito possa ser imparcial: uma determinada interpretação é, por definição, um exercício mental que consiste numa tomada de posição quanto a um determinado facto ou questão. Já dizer que o *amicus* comporta em si interesses não é o mesmo dizer que tem interesse directo, como fizemos questão de demonstrar.

¹⁹⁹ Como se infere, *a contrario*, a partir das palavras de PAIS DO AMARAL que previamente avançámos a propósito da legitimidade processual das partes.

Poderá então, do choque entre partes e os referidos meios de prova resultar uma réstia de utilidade para o instituto aqui em estudo? Desde logo todos aqueles envolvidos têm profunda liberdade nas afirmações que proferem, *e.g.* de facto, de direito, técnicas, de contexto histórico ou cultural, etc., porém faltando aos segundos o tal interesse directo (ao qual todavia o *amicus curiae* pode ter uma pequena aproximação teórica), poderíamos sentir a tentação de enquadrar o *amicus* no regime dos meios de prova. É no entanto impossível fugir à faca de dois gumes que é o interesse (supraindividual ou difuso) que fundamenta a intervenção do *amicus* e que inevitavelmente se manifesta sob a forma da sua parcialidade, mesmo que a sua intervenção no processo tenha apenas como função ajudar o juiz na sua actividade de interpretação (do Direito, do contexto, dos factos, etc.). Mais acrescentamos, a propósito do eventual carácter (mais que inovatório) útil, que embica a grande parte das nossas desconfianças: custa-nos conceber um sujeito que simultaneamente auxilia na tarefa hermenêutica do juiz, num alegado préstimo de auxílio à busca pela verdade material e à justa composição do litígio (numa função análoga à dos meios de prova) e que é interessado no desfecho do processo sem que contudo seja necessariamente afectado pela sentença (numa lógica aproximada à das partes), que simultaneamente alegue e auxilie na interpretação, que paire acima de qualquer enquadramento no espectro de parcialidade e que bebe simultaneamente não só dos regimes das partes, da testemunha e do perito mas também do enquadramento doutrinal desses mesmos sujeitos.

Ainda assim, a questão da novidade da matéria alegada subsiste. Porém, parece-nos que, reduzida à sua essência, esta acaba por ser uma falsa questão pelo simples facto de que o tipo de ciência que suporta a intervenção de qualquer actor do Processo Civil estará sempre limitado a um finito número de possibilidades, não por qualquer decreto legal mas por ser essa a própria natureza da realidade. Há um número limitado de informações úteis a qualquer concreto processo e, por consequência, há um número limitado de enquadramentos classificativos de relevância processual. No nosso entender, a inclusão do *amicus curiae* teria sempre maior utilidade, se inovadora fosse a ciência que aquele trouxesse ao processo; porém, tal inovação contenderia com boa parte dos restantes pontos de resistência que aqui apresentamos e com a própria concepção que mantemos daquilo que é e deve ser o Processo Civil (antes de mais e sobretudo, dirigido à resolução do litígio entre as partes, não um exercício dirigido à partida à sociedade no seu todo, baseado na

realidade dos factos), bem como o elementar facto de que outros sujeitos processuais se ocupam já de trazer ao processo aquilo que ele precisa. Em todo o caso, recorrer a preciosismos processuais de forma a distinguir o *amicus* de sujeitos como o perito (distinções baseadas em, *e.g.*, honorários, momento de intervenção, forma da intervenção, etc.) parece-nos por um lado insuficiente, por outro, falhar o alvo por ignorar a verdadeira questão. De facto, parece-nos que a matéria de intervenção terá sempre de se sobrepor à forma da intervenção no momento de classificar este instituto; porém, voltamos ao busílis da questão: a matéria de intervenção (a ciência comunicada ao tribunal) parece-nos coberta por outros mecanismos de maior utilidade e melhor construção, pelo que nos escapa a eventual útil inovação que o *amicus* possa trazer neste ponto.

15 Seguindo a intervenção de terceiros, o art. 326º do CPC consagra o instituto da assistência. Ainda que revele forte proximidade com a figura do *amicus curiae*,²⁰⁰ a distinção tem de ser feita, baseando-se essa mesma, segundo dispõe o número dois, na “*relação jurídica cuja consistência prática ou económica dependa da pretensão do assistido*”. Falta essa relação entre o pretense “assistido” (à falta de melhor designação específica à intervenção do *amicus*) e o *amicus curiae* porque falta a este último o tal interesse jurídico a que se refere o número dois. Doutrinalmente (e no corpo normativo de ordenamentos estrangeiros) observa-se esse mesmo afastar do interesse jurídico, a partir do momento em que se alega a função do *amicus* como uma de mero auxílio do juiz e não de defesa de interesses directos. Porém, assumindo-o como efectivo defensor de verdadeiros interesses (como é nosso entendimento), não chega contudo a observar-se a tal relação jurídica referida, já que, no máximo, só indirectamente poderá afectá-lo a pronúncia do juiz quanto à pretensão da parte (excluída que está a possibilidade de ser aquele verdadeiro titular de um interesse directo, que lhe concederia legitimidade processual e consequentemente o converteria à figura de parte).

16 No que à específica aplicação do Direito diz respeito, poderá bifurcar-se a seguinte questão: não estando o juiz sujeito à alegação das partes e não competindo quer à testemunha, quer ao perito pronunciarem-se quanto à interpretação e/ou aplicação do Direito, não poderia este ser um campo de actuação por excelência do *amicus curiae*? A

²⁰⁰ Como tivemos oportunidade de demonstrar, uma das propostas do Prof. Dr. Remédio Marques de inclusão do *amicus curiae* no revisto CPC de 2013 continha-se inclusivamente na continuação do referido artigo, tal a proximidade dos mecanismos.

letra da lei impossibilita qualquer entendimento nesse sentido quando afirma que “o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito”²⁰¹.

Apresenta-se-nos aqui o princípio *iura novit curia*. O “tribunal conhece do Direito”²⁰². Pode e deve o juiz socorrer-se de todos os meios legalmente ao seu dispor para alcançar não só a verdade material mas também a justa e correcta aplicação do Direito, naquela que é a sua actividade primordial. É certo que o juiz é um ser humano e, como tal, estará necessariamente constringido pelas limitações da espécie, não sendo onisciente, carecendo por isso de instrução e de auxílio para que possa desempenhar devidamente o seu papel. Se, obviamente, ao início do processo lhe escapa a verdade dos factos, verdade é também que a complexidade do caso pode inclusive por em causa o seu domínio intelectual absoluto e imediato das normas aplicáveis. Porém, confrontados com a hipótese de chamar ao processo alguém que substitua o juiz na sua função de conhecer do Direito, teremos de recusar veementemente tal possibilidade. Se o juiz não conhece o Direito, é humano; se o juiz não quer conhecer do Direito, é mau juiz. Numa era de globalização, de acréscimo constante à estratificação das normas jurídicas potencialmente aplicáveis a um concreto caso, não nos choca que, sem mais e num exercício instantâneo de memória um juiz consiga elencar as normas aplicáveis assim que escuta os factos, artigo por artigo, alínea por alínea. Falamos aqui de um trabalho delicado e por vezes moroso mas nem por isso revelador de alguma hipotética fraqueza do julgador. O juiz diligente será necessariamente aquele que, pese embora a necessidade de celeridade, terá de ter em primeira linha de motivação a justa decisão, que exige do próprio um contínuo aprimoramento dos seus conhecimentos (fácticos, técnicos e jurídicos) quanto às matérias em discussão.

No nosso entender, o esclarecimento quanto ao Direito aplicável e à sua interpretação pertence acima de tudo ao culto intelectual do juiz. Obviamente, não se quer com isso dizer que são inatacáveis as suas decisões ou que será preferível tolerar a ignorância do juiz sob pena de perturbar a sua função. O que afirmamos é que nos parece de manifesta soberba conceber uma figura que tivesse como função primária esclarecer o juiz quanto àquelas que são as suas ferramentas de trabalho diárias.

²⁰¹ Art. 5º nº 3, CPC.

²⁰² LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1º, 3ª Ed., 2014, págs. 18-19.

17 Como último ponto de crítica, parece-nos ser este que permite amarrar quaisquer pontas soltas de eventual utilidade que houvesse sido concedida ao *amicus curiae*. Mais não é este ponto que um desenvolvimento daquele que é o modelo de juiz que queremos: um juiz proactivo, empenhado, na senda daquilo que é o modelo típico de *civil law* (em contraponto com o juiz passivo de *common law*), e, em consequência disso, um juiz que deve dar ao processo aquilo que ele precisa quando ele precisa, por iniciativa própria. Observamos já hoje este movimento ideológico no nosso Código de Processo Civil, nem se podendo falar de uma violação do formalismo necessário ao processo que deturpe o seu correcto funcionamento. Ao invés, observa-se sim um reforço dos meios ao dispor do juiz, no sentido de lhe permitir um cada vez mais adequado cumprir das suas funções.

Serve o disposto no artigo 526º do CPC (“*Inquirição por iniciativa do tribunal*”) para ilustrar tão só a lógica de que deve o juiz moderno socorrer-se dos meios devidos ao auxílio da justa composição do litígio²⁰³, numa lógica de gestão não meramente formal mas verdadeiramente material.²⁰⁴ Mesmo que concebendo o *amicus curiae* como um *tertium genus* (nem testemunha nem perito), não há razão para que, à luz dos meios (e simultaneamente incumbências) actualmente previstas²⁰⁵, o juiz não possa convocar ao processo um sujeito que até pudesse ser configurado, em teoria, como *amicus curiae* (*de iure condendo* no nosso ordenamento ou segundo a configuração que lhe seja já conferida noutras ordens jurídicas), revelando-se aquele verdadeiramente útil, sem que contudo resvale para os vícios que tantas vezes nos parecem inseparáveis daquilo que o *amicus curiae* representa. Mais: não temos dúvida de que, assumindo a defesa de um juiz activo, o princípio do inquisitório²⁰⁶ cobrirá boa parte se não mesmo toda a área de utilidade do *amicus*, no que ao relato dos factos diz respeito. A própria capacidade concedida ao juiz de procurar esclarecer-se por via de um depoimento das partes, por elas não voluntariamente oferecido²⁰⁷, deixa implícito que, no nosso entender, o legislador quis já assegurar os meios adequados e suficientes a que o juiz pode e deve recorrer na realização da justa composição do litígio e na busca da verdade material. Por último, perante a possibilidade

²⁰³ PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, 2ª Ed., 2017, págs. 29-33.

²⁰⁴ MIGUEL MESQUITA, “Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano-145 N° 3995, Nov./Dez. 2015, pág. 106.

²⁰⁵ Art. 411º, CPC.

²⁰⁶ RUI MOREIRA, *Os Princípios Estruturantes do Processo Civil Português e o Projecto de uma Nova Reforma do Processo Civil*, 2013, pág. 5.

²⁰⁷ Art. 452º, CPC.

de se alegar que poderia o juiz dispensar esta intervenção, mesmo que tal se revelasse manifestamente útil, defendemos a posição doutrinal que diz que, no desempenho da sua função, está o juiz verdadeiramente vinculado a um poder-dever e não apenas a uma mera possibilidade discricionária.²⁰⁸

Mais uma vez convém lembrar que este ponto, como todos os outros até aqui elencados, não pretende por si só excluir a utilidade do *amicus curiae* mas, no nosso entender, retira uma porção bastante generosa (ou, se preferirmos, a pouca utilidade que as soluções anteriormente apresentadas não ocupam já para si próprias) do espectro de relevância de uma solução *ex novo* que viesse introduzir aquele instituto no nosso Processo Civil, como um genérico sujeito a ser convocado pelo juiz ao processo, no caso de este entender como necessária a sua participação. Nesse sentido, parece-nos que a gestão material e a devida diligência de um juiz empenhado colmatam qualquer novo instituto que, não só não seria útil como acrescentaria desnecessários problemas ao Processo Civil.

²⁰⁸ NUNO DE LEMOS JORGE, “Os Poderes Instrutórios do Juiz: Alguns Problemas”, *Julgar*, Nº 3, 2007, págs. 62-64.

2 – PROPOSTA DE SOLUÇÕES ALTERNATIVAS

Numa primeira fase deste escrito, tentámos facultar a possibilidade de tomar contacto com a realidade do *amicus curiae*, resguardando o mais possível a nossa visão. Num segundo momento, optámos por inverter o prisma do nosso estudo, reservando o mais possível as páginas que escrevemos ao nosso entendimento, propositadamente limitando a introdução de novos dados, convencidos que estávamos de ter fornecido já à nossa tese matéria suficiente para um préstimo de opinião (própria e alheia). É no entanto notório que essa nossa opinião se limitou, quase em absoluto, a uma intransigência no reconhecimento de utilidade do instituto do *amicus curiae*, se não na sua existência absoluta, ao menos no panorama jurídico português. Somos nós então absolutamente contra o *amicus* e aquilo que ele representa? Embora possamos dizer que não, teremos de elaborar a nossa resposta.

Historicamente é por demais evidente que o *amicus curiae* ofereceu bons préstimos à função judicial estando bem documentado o seu papel na colmatação de lacunas típicas da época. Porém, esse é um argumento que não pode hoje valer dada a (sobretudo no processo de *civil law*) absoluta suplantação do seu papel por meios historicamente, formal e materialmente bem mais apropriados (se o argumento histórico não serve para afastar, também não pode servir para incluir). Seguindo esta ordem de ideias, parece-nos desde logo estranho que legal ou doutrinariamente a própria expressão “*amicus curiae*” seja ainda utilizada pois este (seja qual for a ordem jurídica observada) terá hoje pouco ou nada em comum com aquele de há séculos a esta parte. Assim, parece-nos que o nosso primeiro contributo terá de ser aquele que vai no sentido de cunhar uma nova designação para este “novo” (não novo no tempo mas novo porque radicalmente distinto da sua forma aquando do seu momento de génese) sujeito processual: intimado de excepção.

Expliquemos o raciocínio que levou à designação proposta e à subsequente admissão de utilidade. Desde logo, “intimado” por razões de ordem formal (ainda que intrinsecamente ligadas à materialidade a elas subjacentes), isto é, no sentido de distinguir esta figura dos institutos da intervenção de terceiros²⁰⁹ e da assistência²¹⁰, com base nas razões que tivemos já oportunidade de elencar e desenvolver.

²⁰⁹ Arts. 311º ss., CPC.

No âmbito formal (ainda que tenha reflexo material), sustenta-se a designação por nós adoptada em duas razões: a primeira porque não nos parece benéfica – ponderadas as virtudes e pecados – a possibilidade de um sujeito (até aqui referido como *amicus curiae*) hipoteticamente “interessado” (numa perspectiva de colaboração com o processo e não de tutela de interesses próprios por via judicial) apresentar-se perante o tribunal por espontânea iniciativa; em segundo lugar porque, ainda que concedida às partes a possibilidade de convidar tal sujeito a colaborar com o processo (o que nos causa ainda mais reservas em termos teóricos e absoluta oposição em termos práticos), julgamos que a decisão final de proceder a tal convite teria de recair sempre sobre a forma de intimação por parte do juiz (da forma que teremos oportunidade de exemplificar). Sendo esta segunda uma razão de ordem mais teórica e que não encontra até aos dias de hoje referente histórico, legislativo, jurisprudencial ou doutrinal (porque a iniciativa de intervenção do *amicus curiae* recaiu sempre, ao longo do tempo, sobre si próprio ou sobre o juiz – ainda que de forma aparente), interessa-nos mais atentar na primeira razão apresentada.

A iniciativa espontânea que viesse a ser concedida ao *amicus curiae*/intimado de excepção (na lógica observável nos processos que chegam ao *Supreme Court* dos Estados Unidos) teria como consequências, no nosso entender:

-o risco de um desmedido protelar da justiça, nos casos em que fosse essa a verdadeira motivação do sujeito envolvido nessa intervenção (ou da parte que, ainda que de forma dissimulada, fosse o verdadeiro catalisador da sua actuação);

-a possibilidade de as partes (ainda que de forma dissimilada) recorrerem a este mecanismo de forma a tentar revestir as suas alegações (e, por conseguinte, os seus próprios interesses) de uma alegada “representatividade comunitária”, de forma a munir as suas declarações (de ciência ou de Direito) de uma suposta necessidade de “superior consideração” por parte do juiz;

-a imiscuição de determinados sujeitos em processos somente ligados aos interesses directos das partes, sob o manto da alegada representatividade de interesses suprapartes abarcadores dos interesses pelas partes alegados;

²¹⁰ Arts. 326º ss., CPC.

-a consagração da actividade de *lobbying* dirigida ao poder judicial, concedendo a possibilidade de determinados grupos ou sujeitos dirigirem os seus esforços na tentativa de influenciar as decisões do juiz como forma de atingir objectivos mais vastos, como seria a subversão da actividade legislativa, porque contrariada pela actividade real dos tribunais.

Quanto aos dois últimos pontos, desde logo nos parece evidente que, reconhecendo a utilidade a este novo instituto processual, este teria de ser limitado às instâncias superiores, entenda-se, aos Tribunais da Relação ou até mesmo ao Supremo Tribunal de Justiça (ou Tribunal Constitucional, quando considera a sua actuação em questões levantadas em processos específicos). Estando em causa alegados interesses supraindividuais (ligados a toda ou pelo menos boa parte da população), parece-nos que, no âmbito dos processos de primeira instância, é difícil que uma decisão do tribunal – especialmente quando consideramos causas que não excedem sequer o valor da alçada de primeira instância (e mesmo em relação ao nível superior de alçada, mantemos sérias reservas)²¹¹ – possa ter tamanho efeito de contágio ao resto da sociedade, dado os reduzidos valores económicos envolvidos, a reduzida área (geográfica ou social) envolvida ou os próprios interesses envolvidos no processo (pense-se em áreas com o direito da família, esfera quase em absoluto atinente à esfera familiar daqueles que se veem envolvidos no processo).

Na dissecação da designação “intimado de excepção”, importa-nos dizer que a escolha do vocábulo “excepção” liga-se exactamente ao carácter restrito de intervenção do instituto, independentemente do critério que viesse a ser adoptado: alçada, interesses em causa, nível de jurisdição, *etc.* Ao mesmo tempo que somos absolutamente contra a possibilidade de se abrir esta porta sem qualquer tipo de restrição material (não nos parece que meras limitações formais consigam desenhar uma figura aceitável), sendo assim genérica e absoluta a sua intervenção processual, julgamos que o estreitar do seu círculo de actuação, sob a forma de, salvo melhor designação, “*numerus clausus*”, relativos a determinados interesses em juízo ou sujeitos que podem tomar a forma de

²¹¹ Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (LOJ).

“Artigo 44.º

Alçadas

1 - Em matéria cível, a alçada dos tribunais da Relação é de (euro) 30 000,00 e a dos tribunais de primeira instância é de (euro) 5 000,00.

(...)”

amicus/intimado, pode ser uma forma de este mecanismo ser simultaneamente útil e não atropelador dos mecanismos processuais já existentes. Tomemos como exemplo o disposto no art. 31º da Lei nº 6385/1976, vigente na ordem jurídica brasileira, referente à actuação da Comissão de Valores Mobiliários daquele país:

“Artigo 31º

Nos processos judiciais que tenham por objetivo 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.

§ 1º - A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação.

§ 2º - Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forenses ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior.

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

§ 4º - O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes.”

Atinente à salvaguarda do devido funcionamento do mercado, não se afasta a referida norma daquilo que é razão de ser da solução adoptada no art. 15º do Regulamento (CE) Nº1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, embora subsista uma óbvia necessidade de se proceder a um enquadramento com as referidas ordens jurídicas em que estas duas soluções se inserem. Contudo, subjacente à palavra de lei que aqui trouxemos, parece-nos estar presente o modelo mais útil e eficiente deste instituto (no tocante à restrição subjectiva pois reservas mantemos quanto a outras opções tomadas pelo legislador como é o caso da legitimidade concedida para interpor recursos, aproximando-o

em demasia da posição das partes). De facto, dificilmente poderíamos recorrer a melhor exemplo real para justificar a terminologia “intimado de excepção”: por um lado, o próprio legislador estabeleceu a necessidade de que o sujeito em causa tenha de ser intimado a prestar o seu contributo ao processo; por outro estamos perante um regime de excepção, abarcando interesses e sujeitos específicos, já não uma actuação indiscriminada e generalizada. No nosso entender, entidades oficiais de regulação e/ou fiscalização de determinadas actividades preenchem em toda (ou quase toda) a linha aquilo que pode ser a utilidade deste mecanismo: um sujeito revestido de um *expertise* inquestionável (porque é esta a sua razão de existência, lidando diária e continuamente com tais interesses em causa), perfeitamente estabelecido na sociedade (sem que se possa questionar a sua devida representatividade), movido por interesses supraindividuais (não é função de, por exemplo, uma entidade reguladora assegurar os interesses de um particular sujeito mas sim dos interesses difusos “à sua guarda”), sem pretensões de imparcialidade (porque à partida é conhecida a sua orientação, porque conhecidas são também as funções). Mais se acrescenta ainda o seguinte: recusamos em absoluto a ideia que, mais que fundamento, é requisito da participação do *amicus curiae* no processo que este seja absolutamente neutro, imparcial, discordando assim da doutrina e jurisprudência²¹² que queiram apontar nesse sentido, seguindo pela via de quem siga um contrário entendimento.²¹³ Notamos com satisfação que, ao menos, no que toca ao enquadramento da actuação do *amicus curiae* no espectro da parcialidade-imparcialidade, boa parte da doutrina vem desde já reconhecendo que (independentemente dos restantes méritos ou falta de) este só tem razão de ser se se reconhecer como verdadeiramente parcial, no sentido em que este (ainda que formalmente

²¹² Referindo-se já a estas matérias, teve o Supremo Tribunal Federal do Brasil o seguinte a dizer, Acórdão 3.460 de 12 de Fevereiro de 2015, Relator TEORI ZAVASCKI:

“1. O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, consequentemente, um direito subjetivo processual do interessado.”

²¹³ RICARDO ZAMARIOLA JUNIOR & LEONARDO DIB FREIRE, *A (im)Parcialidade do Amicus Curiae*, 2017.

<http://pvg.com.br/pvg-mais/imparcialidade-amicus-curiae>
(consultado a 12 de Maio de 2018).

“Portanto, não há que se falar em absoluta imparcialidade do *amicus curiae*. Apesar de ser um colaborador do juiz, é permitido ao amigo da Corte ter opinião própria sobre o tema discutido, interpretar fatos, apresentar informações complementares, estudos, pareceres etc., desde que, sempre, partindo da neutralidade e fundamentando seu posicionamento final em elementos técnicos (interesse institucional), e não em interesses pessoais (interesse jurídico/processual).”

desligado do desfecho do processo) procura verdadeiramente influenciar o juiz num determinado sentido, sentido esse que assenta no seu próprio entendimento e nos seus próprios interesses (mesmo que suprapartes mas que por si veiculados).²¹⁴

Voltando ao anterior exemplo, entre nós não vigora um regime semelhante, quer para análoga entidade portuguesa (CMVM), quer para entidades de semelhante propósito mas distintos âmbitos de actuação (salvo as já referidas normas de Direito Europeu). No entanto, atendendo à igualdade dos interesses em causa (não só os já referidos, sendo mais extenso o leque em causa que apenas o funcionamento do mercado), parece-nos que não seria difícil estender o actual regime a uma solução semelhante à adoptada pela ordem jurídica brasileira.²¹⁵

Apesar de o exemplo avançado nos parecer revestido de utilidade prática, afigura-se-nos ainda possível de observar uma forte proximidade com outros sujeitos processuais (nomeadamente o perito). É ainda assim possível destringir as figuras – ainda que de uma perspectiva meramente formal – pois este intimado de excepção (ou *amicus curiae*, mantendo-se a designação actual) será sempre uma pessoa (no pretérito exemplo, colectiva) identificada *a priori* e insubstituível (tendencialmente, já que a entidade em causa estará sempre sujeita à oscilação das opções políticas que podem afectar a sua

²¹⁴ Entre outros, para além daqueles que vimos já referindo no nosso escrito:

ADHEMAR FERREIRA MACIEL, ““*Amicus Curiae*”: Um Instituto Democrático”, *Revista de Informação Legislativa*, Nº 153, Jan./Mar. 202, pág. 7

“É o caso de *amicus curiae* do direito norte-americano, que, vez por outra, se traduziria mais num *amicus partis* ou num *amicus causae*: o terceiro que comparece ao processo alheio vem, na realidade, mais com o intuito de ajudar uma das partes do que mesmo trazer esclarecimento ao tribunal.”

DAMARES MEDINA, *Amigo da Corte ou Amigo da Parte? Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal*, 2008, pág. 180.

“O reconhecimento do carácter parcial do *amicus curiae* é fundamental para compreensão do instituto, em sua feição hodierna, bem como das consequências de sua intervenção. O interesse jurídico na solução da controvérsia constitucional não deslegitima a intervenção do *amicus*, uma vez que a função informacional por ele exercida pode contribuir para o aperfeiçoamento e pluralização do processo de tomada de decisão.”

²¹⁵ DL n.º 486/99, de 13 de Novembro (Código dos Valores Mobiliários).

“Artigo 370.º

Recomendações e pareceres genéricos

1 - A CMVM pode emitir recomendações genéricas dirigidas a uma ou mais categorias de entidades sujeitas à sua supervisão.

2 - A CMVM pode formular e publicar pareceres genéricos sobre questões relevantes que lhe sejam colocadas por escrito por qualquer das entidades sujeitas à sua supervisão ou pelas respectivas associações.”

Especificamente em relação a esta disposição, parece-nos um corolário lógico que, no decorrer de um processo que toque no âmbito de intervenção desta entidade, considerando a crescente complexidade dos litígios relacionados com os interesses regulados por este organismo, seja útil o seu préstimo de ciência ao tribunal, paralelamente à sua já estabelecida forma de actuação.

nomenclatura, forma, tarefas, poderes e deveres), distinta assim da abstracta e potencialmente substituível figura do perito. Mais uma vez repetimos: falamos de casos de excepção que se configuram de uma forma que, no nosso entender, faria mais sentido o legislador tratar em regimes legais específicos e já não num corpo normativo tendencialmente de genérica aplicação como é o caso do nosso Código de Processo Civil (embora, como sabemos, contenha este também disposições relativas apenas a específicos sujeitos)²¹⁶.

Reconhecida uma brevíssima margem de utilidade da figura nestes últimos parágrafos (a que não negamos ainda assim uma certa fragilidade de sustentação), parece-nos contudo tão residual a sua aplicabilidade prática (quer pelo ínfimo número de sujeitos possivelmente concebidos como intimados de excepção, quer pelo reduzido número de interesses dignos de consideração, quer pelo limitado número de processos a que este instituto viesse acudir), que seria demasiado grandioso considerar a inclusão do *amicus curiae* na redacção do CPC. Como tal e insistindo uma última vez nesta ideia, estarão os regimes específicos de determinados organismos em melhor posição para receber esta solução nas normas a si directamente dedicadas.

²¹⁶ Pense-se, por exemplo, no que se dispõe no artigo 504º, quanto à inquirição do Presidente da República.

3 - CONCLUSÃO E NOTAS FINAIS

“(...) so ist die Unabhängigkeit von ihr die erste formelle Bedingung zu etwas Großem und Vernünftigen (in der Wirklichkeit wie in der Wissenschaft). Dieses kann seinerseits sicher sein, daß sie es sich in der Folge gefallen lassen, anerkennen und es zu einem ihr er Vorurteile machen werde.”

GEORG HEGEL²¹⁷

Admitimos que a nossa exposição possa não ter a eloquência dos grandes oradores, o arcaboço argumentativo dos grandes pensadores ou sequer a densidade problemática – presente ou futura – de outras questões, não só do Processo Civil mas do Direito ou da sociedade em geral. Em todo o caso, tentando expressar a nossa posição da forma mais racional que se nos afigurou possível, dentro das limitações inerentes à falta de prévio tratamento, tentámos sempre fugir à composição argumentativa “sentimos que”, procurando permanentemente abrigo na solução “pensamos que”. Mas, terá alguma influência a adopção da segunda redacção em detrimento da primeira? Julgamos que sim, não só para a nossa exposição mas para a própria temática que aqui trouxemos. Elaboremos, numa questão que será tanto de Direito como de Sociologia.

Independentemente das razões de Direito (no geral, de Processo Civil em particular), doutriniais ou de jurisprudência, afigura-se-nos relevante também a análise à dinâmica de actuação – mais ou menos concertada – que histórica mas, acima de tudo, hodiernamente é possível observar, de mobilização de um número mais ou menos significativo de sujeitos na prossecução de determinados objectivos. Se tal dinâmica é o pilar central da democracia, a todos os níveis louvável, verdade é também que esse é o modelo de actuação por excelência num poder que não o judicial. Quando consideramos a separação tripartida entre os poderes legislativo, executivo e judiciário, parece-nos razoável apontar este último como aquele que – embora obviamente atinja, ainda que indirectamente, a sociedade no seu todo – se reduz a um número menor de sujeitos directamente envolvidos. Poder-se-ia ainda dizer que (pese embora a conotação negativa

²¹⁷ GEORG HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, §318.

“(...) a independência (da opinião pública) é a primeira condição formal para alcançar qualquer feito grandioso ou racional (quer na realidade, quer na ciência). Tais feitos poderão estar seguros de que com o tempo serão (pela opinião pública) aceites, reconhecidos e tomados como mais um dos seus preconceitos.”

do vocábulo), a função dos tribunais é que a mais se aproxima do modelo tirânico ditatorial, isto porque, em última análise, ainda que considerada toda a argumentação apresentada no decorrer do processo, a decisão última caberá sobre os ombros de um só sujeito (ou a um reduzido número de sujeitos). A actuação do juiz será então o vértice sobre o qual incidirá a actuação dos actores do processo, no sentido de o mobilizarem em determinada direcção, direcção essa que dará forma à sua decisão que, em primeira linha se dirigirá às partes mas que, indirectamente, poderá de facto relevar para um grupo mais alargado de sujeitos.

É este momento de separação entre directa e indirectamente interessados que, no nosso entender, reside a verdadeira questão: é mais expectável (e, mais que isso, exigível que assim o seja) encontrar uma depurada racionalidade na alegação das partes que aquela que se poderá achar numa determinada colectividade de indirectamente interessados (que, como viemos expondo, tende a preencher o que se vem entendendo como *amicus curiae*). Não negamos que grupos existem de sujeitos altamente racionais e que sustentam toda a sua alegação em verdadeiras razões de facto e/ou direito (não está aqui em causa se “certas” ou “erradas”). Porém, parece-nos demasiado fácil proceder-se à colagem da mobilização emocional, ao invés da mobilização racional, quando em causa está a suposta “legitimação democrática”, a representatividade baseada na significativa base de apoio popular. Daí, e voltando ao início deste capítulo, o “pensamos que” e não o “sentimos que”. No decurso do nosso estudo deparámo-nos em demasia com este ciclo vicioso: o *amicus curiae* vem ao processo porque julga necessário transmitir ao tribunal o estado de espírito da “generalidade”; mas se essa generalidade fosse verdadeiramente “geral” seria do conhecimento de todos e como tal desnecessária de alegação; assim não sendo, há obrigatoriamente um grupo de percepção distinta das questões em causa, que pode então sustentar a base de actuação de *amicus curiae* distinto. Um dos grupos sustenta a sua posição recorrendo à sua “representatividade”; o grupo oposto sobe a parada, afirmando que tem uma representatividade maior; o grupo oposto riposta, recorrendo à mesma argumentação. Segue-se o tal ciclo vicioso *ad aeternum*...

Tivemos oportunidade de demonstrar que esta não é uma hipótese meramente académica, pelo que, quando levantada a possibilidade de dar forma a este instituto *ex novo* numa ordem jurídica que até então não o comportava, este é sempre um cenário real que

haveria de ser necessário precaver. Porém, parece-nos que remédios como os adoptados pelo legislador norte-americano (excluindo-se, para além do mais, todas as vicissitudes do modelo de *common law*, neste momento de análise), teriam, entre nós, função semelhante à de tentar escoar o acumular de água de dentro do navio, ao invés de estancar a invasão de Neptuno por entre as fendas do casco. No fundo, olhar para uma solução nova que *a priori* parece carecer já de remédios, parece-nos um mau princípio...

Mas e voltando à tal “democracia” do processo e numa só frase: a discussão entre os grupos que se revestem de alegada representatividade democrática cabe ao momento legislativo, não ao momento jurisdicional. Abrir o processo à discussão “democrática” equivale à rutura da tão necessária separação de poderes (porque e acima de tudo, tal não passa de uma subversão do controlo que cada um dos poderes exerce sobre os restantes) bem como ao menosprezo pela preparação técnica dos profissionais de justiça. Exercer influência sobre um juiz, alegando algo como “a colectividade assim o deseja” é escapar ao controlo prévio do legislador e dos órgãos executivos. Abrir a porta do processo ao *amicus curiae* como um representante da colectividade tem obrigatoriamente de abrir essa mesma porta a todas as colectividades paralelas (que não nos iludamos, existem, porque heterogénea é a sociedade) para que aquelas tenham a mesma oportunidade de apresentar as suas teses. Pois bem, o que é isto se não o que se observa no funcionamento de uma Assembleia da República? Dir-se-ia “mas esse seria sempre o cenário mais negro e mais extremo.” Mas não tem o legislador (e, para o caso, o doutrinador) a obrigação de estender a sua imaginação até ao limite máximo dos casos hipoteticamente enquadráveis nas soluções legais (e doutriniais) adoptadas? Não temos qualquer tipo de dúvida que abrir esta porta é abri-la a grupos altamente mobilizados (mesmo que não tão socialmente representativos quanto possam alegar) ao legítimo exercício de influência sobre a função do juiz, com o objecto único de salvaguardar os seus próprios interesses, escapando ao necessário escrutínio público e contraditório típico do processo legislativo e do modelo democrático de governo. Mais que uma porta, receamos que se abra a caixa de Pandora.

Relutantemente verbalizamos a hipocrisia deste parágrafo, pois, apesar de tamanho incómodo nos causar a argumentação emocional ao invés da racional, não conseguimos deixar de fazer o apontamento: incomoda-nos visceralmente a tentativa cada vez mais usual de determinados sujeitos se revestirem em trajes de superior moralidade,

clamando pela justiça e democracia quando mais não fazem que tentar impor os seus próprios ideais aos demais, quer por força de lei, quer por força de sentença, quer por força de força, num subtil (ou nem tanto assim) exercício de tirania. Não conseguimos separar este fenómeno de outros cada vez mais prementes como são a cada vez maior leviandade com que se queima em praça pública a integridade de quem é discordante ou a concessão de plataformas a grupos defensores de posições radicadas na falta de ciência somente porque são grupos altamente vocais. Independentemente daquilo que se possa considerar, a evolução tecnológica veio dar voz (aparente) a todos e veio permitir uma maior facilidade de mobilização dos sujeitos em torno de um específico assunto. A par deste fenómeno, tal evolução permitiu que qualquer sujeito atingisse a omnisciência ao cabo de trinta minutos de “ciber-investigação”, revestindo de autoridade fáctica, opinativa e empírica tais teses por via de meia dúzia de cliques, disseminando a sua verborreia pelo espaço digital e consequentemente ao dia-a-dia de quem nem suspeitava que tal absurdo de pensamento pudesse ser possível. Perplexamente observamos uma cada vez maior celebração de uma entidade composta pela mistura e diluição de uns distorcidos *ethos*, *pathos* e *logos* a que se outorgam títulos como *opinion-maker*, *trend-setter* ou “influenciador digital” e que, à imagem da obra de Mary Shelley, parece começar a sociedade a perder o controlo do monstro que criou. Repetimos o nosso receio, em termos práticos: a utilização de um instituto como o *amicus curiae* para a prossecução de interesses indevidos, não sujeitos ao escrutínio público, não radicados numa verdadeira homogeneidade da opinião pública, não baseados em ciência mas apenas em decibéis opinativos, individuais quando alegados como supraindividuais.

Não queremos contudo alegar uma inatacável superioridade moral, técnica e de ciência do juiz e dos actores que hoje povoam o nosso Processo Civil, pincelando em traços de ignorância generalizada quem neste elenco não cabe. Muito pelo contrário. Não cremos em dogmas, especialmente no Direito, julgando que só do questionamento contínuo das soluções adoptadas poderá surgir a evolução – há verdadeiramente muito a defender na figura de advogado do diabo. Mas é essa evolução baseada efectivamente em quatro caminhos: mantendo o que está bem, reconstruindo ou eliminando o que está mal, acrescentando o que melhora e recusando o que piora. Para nós, o *amicus curiae*, como vem sendo construído, cabe inequivocamente neste último quadrante, se não sujeito a melhor solução que as que na generalidade nos foram apresentadas. Nem contudo

deixámos de tentar retirar algo de positivo da figura, como referimos no pretérito capítulo. Porém, repetimos uma última vez: excluindo as pontuais situações referidas e, salvaguardando o asseguramento da própria reconfiguração do instituto sob novas vestes, não só não vemos utilidade no *amicus curiae* como nele vemos um carácter nefasto.

Ainda em relação à referida utilidade do *amicus curiae*, uma pergunta subsistiu em permanência no nosso pensamento: independentemente das falhas presentes, independentemente de um eventual carácter nefasto, de uma necessidade de desenvolvimento doutrinal, de uma necessidade de maior adaptação à realidade actual, é o *amicus curiae* útil e inovador? E esse foi o exercício que julgamos ter feito, despir a figura de todas as questões paralelas (relevantes, sem dúvida, mas naquele momento secundárias). Ainda assim, temos de admitir o nosso fracasso (e admitimos também que seja essa uma incapacidade intelectual da nossa parte): não conseguimos concluir de forma inequívoca pela concepção de um espaço de intervenção até hoje virgem de tratamento doutrinal, normativo ou jurisprudencial que tenha utilidade para o Processo Civil e que o *amicus curiae* preencha (e que boa parte da Doutrina parece apontar). Na melhor das hipóteses, chegámos ao fim do nosso estudo encalhados entre duas metáforas: o *amicus curiae* como o sexto passageiro num carro de cinco lugares ou o *amicus curiae* a gasolina num veículo movido a gásóleo. No fundo, não mais poderia ambicionar ser mais que um incómodo ou um problema.

Enjeitando umas palavras finais quanto à temática, gostaríamos de referir que, no decorrer das nossas leituras atinentes à composição do nosso estudo, embora não nos fosse possível aceder ao âmago axiológico de cada um dos autores sobre os quais vertemos a nossa atenção, não duvidamos da nobreza de espírito de cada um deles, no sentido em que, tal como nós mantemos o nosso entendimento, todo e cada um deles manteve o seu entendimento pautado pelos seus mais profundos ideais de justiça, daquilo que deve ser o Direito e, por consequência, o Processo Civil. Reconhecemo-lo e saudamos aqui todo o contributo que vêm dando para uma questão que (também porque ainda não vem sendo formulado entre nós com interesse mais que meramente académico) pouco tratamento vem tendo até hoje em Portugal. Suspeitamos que mais cedo que mais tarde, esta será uma questão que entrará novamente entre nós na ordem no dia, pelo que, da nossa parte, esperamos que esta possa eventualmente ser uma ferramenta de utilidade (se não presente,

ao menos futura) quando esse dia chegar, fazendo votos de que, por um lado, tal relançar da temática venha a ter por base uma verdadeira volição de se ver cumprido o Direito e por outro, que um eventual mecanismo semelhante ou análogo ao (aos) aqui descrito(s) que venha a ser adoptado não se veja subvertido por razões que extravasem os mais dignos ideais de Direito e Justiça.

BIBLIOGRAFIA

- ANDERSON, Helen A., “*Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae*”, *University of Richmond Law Review*, Vol. 49, 2015.
- BAZÁN, Víctor, “*Amicus Curiae, Justicia Constitucional y Fortalecimiento Cualitativo del Debate Jurisdiccional*”, *Revista Derecho del Estado*, N.º 33, Jul-Dez, 2014.
- BAZÁN, Víctor, “*El Amicus Curiae en el Derecho Comparado y su Instrumentación Reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia Argentina*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2006.
- BAZÁN, Víctor, “*La Importancia del Amicus Curiae en los Procesos Constitucionales*”, *Revista Jurídica de Derecho Público*, Vol. 3, 2010.
http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/04/123a148_Laimportancia.pdf
- BECKWITH, Edmund Ruffin & SOBERNHEIM, Rudolph, “*Amicus Curiae – Minister of Justice*”, *Fordham Law Review*, Vol. 17, 1948.
- BEISNER, John H., “*Discovering a Better Way: The Need for Effective Civil Litigation Reform*”, *Duke Law Journal*, Vol. 60, 2010.
- BERNSTEIN, David E., “*Brandeis Brief Myths*”, *The Green Bag: An Entertaining Journal of Law*, Vol. 15, nº 1, Outono 2011.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Vol. 1, 1753.
- BLOCK, Michael K., “*An Experimental Comparison of Adversarial versus Inquisitorial Procedural Regimes*”, *American Law and Economics Review*, Vol. 2, Nº 1, 2000.
- BONATO, Giovanni, “*Il Sistema Probatorio Nel Processo Civile Italiano*”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Nº 71, 2018.

<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1876/1778>

- BOUVIER, John, *Bouvier's Law Dictionary and Concise Encyclopedia*, 3º Rev., 8ª Ed., Vol. I, 1914.
- BRAMBILLA, Pedro & DE OLIVEIRA, José, “A Figura do Amicus Curiae no Ordenamento Jurídico Pátrio e a Possibilidade de sua Atuação em Defesa de Direitos da Personalidade Frente ao Novo Processo Civil Brasileiro”, *Revista de Processo, Jurisdição e Efectividade da Justiça*, Vol. 2, Nº 2, Jul.-Dez., 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella, “Amicus Curiae no Projeto de novo Código de Processo Civil”, *Revista de Informação Legislativa*, 190, Ano 48, Abr.-Jun., 2011.
- BUENO, Cassio Scarpinella, *Amicus Curiae: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro*.

<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/005.pdf>

- BURNS, Thomas, *The Doctrine of Stare Decisis*, 1893.
- CABRAL, Antonio do Passo, “Pelos Asas de Hermes: A Intervenção do Amicus Curiae, Um Terceiro Especial”, *Revista de Processo*, Nº 117, Ano 29, Set.-Out, 2004.
- CALAMANDREI, Piero, “Per la definizione del fatto notorio”, *Rivista de Diritto Processuale*, Vol. 2, Nº 1, 1925.
- CALASSO, Francesco, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. 34, 1985.
- CANOTILHO, Gomes & MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1º Vol., 3ª Ed., 1993.
- CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. 1º, 1936.
- CHAN, Johannes, “Amicus Curiae and Non-Party Intervention”, *Hong Kong Law Journal*, vol. 27, nº 3, 1997.
- CHITTY, Joseph, *A Practise Treatise on the Criminal Law*, Vol. 1, 3ª Ed. Americana, 1819.
- COKE, Edward, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 6º Ed., 1680.

- COVEY JR., Frank M., “*Amicus Curiae: Friend of the Court*”, *DePaul Law Review*, Vol. 9, Fall-Winter, 1959.
- CRISCUOLLI, Giovanni, *Enciclopedia Giuridica*, Vol. II, 1988.
- CROKE, Sir George, *Reports of Sir George Croke, Knight, Formerly one of the Justices of the Courts of King’s Bench and Common Pleas, of Such Select Cases as Were Adjudged in the Said Courts During the Reign of James the First*, 4^a Ed., Vol. 2, 1791-1793.
- CROOK, John, *Consilium Principis: Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian*, 1955.
- DAMAŠKA, Mirjan R., “*Presentation of Evidence and Factfinding Precision*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 123, Nº 5, Maio de 1975.
- DE ALMEIDA, Francisco Ferreira, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 2^a Ed., 2017.
- DE AMARAL, Jorge Augusto Pais, *Direito Processual Civil*, 12^a Ed., 2016.
- DE FREITAS, José Lebre, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 1^o, 3^a Ed., 2014.
- DE FREITAS, José Lebre, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2^o, 2^a Ed., 2001.
- DE FREITAS, José Lebre, *Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 3^a Ed, 2013.
- DE SOUSA, M. Teixeira, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, 1^a Reimp., 1997.
- DIDIER JR., Fredie, *Ações Constitucionais*, 2^a Ed., 2007.
- DOS REIS, Alberto, *Código do Processo Civil Anotado*, 3^a Ed., Vols. III, IV, 2012.
- EDER, Phanor James, *The Impact of the Common Law on Latin America*, *University of Miami Law Review*, Vol. 4, Nº 4, 1950.
- EISENBERG, Deborah Thompson, “*Regulation by Amicus: The Department of Labor’s Policy Making in the Courts*”, *Florida Law Review*, Vol. 65, Nº 4, 2013.

- EPSTEIN, Lee, “*Interest Group Litigation During the Rehnquist Court Era*”, *The Journal of Law & Politics*, Vol. 9, Nº 4, 1993.
- FON & PARISI, “*Judicial Precedents In Civil Law Systems: A Dynamic Analysis*”, *International Review of Law and Economics*, Vol. 26, Nº 4, 2006.
- FRANCHIS, Francesco De, *Digesto delle Discipline Privatistiche*, 4ª Ed., Vol. I, 1987.
- FREEDMAN, Monroe H., “*Our Constitutionalized Adversary System*”, *Chapman Law Review*, Vol. 1, 1998.
- GENSLER, Steven S., “*Judicial Case Management: Caught in the Crossfire*”, *Duke Law Journal*, Vol. 60, 2010.
- GERALDES, Abrantes, *Uniformização de Jurisprudência*, texto a propósito do Colóquio realizado no Supremo Tribunal de Justiça 25 de Junho de 2015.
- GHANBARI, MOHSENI & NASSIRAN, “*Comparative Study of Civil Procedure in Common Law and Civil Law Systems*”, *Journal of Politics and Law*, Vol. 9, Nº 5, 2016.
- GILMAN, Michele E., “*Litigating Presidential Signing Statements*”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 16, 2007.
- GLASSER, Cyril, “*Civil Procedure and the Lawyers – The Adversary System and the Decline of the Orality Principle*”, *The Modern Law Review*, Vol. 56, Maio de 1993.
- GLENN, H. Patrick, *Legal Traditions of the World*, 2ª Ed., 2004.
- GÓMEZ, Katia Fach, “*Rethinking The Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest*”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 35, 2012.
- GOROD, Brianne J., “*The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*”, *Duke Law Journal*, vol. 61, Nº 1, Outubro de 2011.
- HALLER, Rudolf, *Corpus Iuris Civilis Das römische Zivilrecht, Codex Iustinianus nach der zweiten Bearbeitung*, Liv. I, 2012.

- HAZARD JR., Geoffrey C., “Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 39, 2006.
- HEGEL, Georg, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820.
- JOHNSON, Lise & AMERASINGHE, Niranjali, *Protecting the Public Interest in International Dispute Settlement: The Amicus Curiae Phenomenon*, 2009.
- JORGE, Nuno de Lemos, “Os Poderes Instrutórios do Juiz: Alguns Problemas”, *Julgar*, Nº 3, 2007.
- JUNIOR, Ricardo Zamariola & FREIRE, Leonardo Dib, *A (im)Parcialidade do Amicus Curiae*, 2017.

<http://pvg.com.br/pvg-mais/imparcialidade-amicus-curiae>

- JUSTINIANO, *Codex Constitutionum*, Livro I, 534.
- KEARNEY, Joseph D. & MERRILL, Thomas W., “The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 148, 2000.
- KOCH JR., Charles H., “The Advantages of the Civil Law Judicial Design as the Model for Emerging Legal Systems”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 11, Nº 1, 2004.
- KOCHEVAR, Steven, “Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions”, *The Yale Law Journal*, Vol. 122, 2013.
- KRISLOV, Samuel, “The Amicus Brief: From Friendship to Advocacy”, *Yale Law Journal*, Vol. 72, Nº 4, 1972.
- KUNKEL, Wolfgang, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, 1973.
- LARSEN, Allison Orr, “The Trouble with Amicus Facts”, *Virginia Law Review*, Vol. 100, 2014.

- LEVINE, Eugenia, “*Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, Nº 1, 2011.
- LOWMAN, Michael K., “*The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?*”, *The American University Law Review*, Vol. 41, nº 4, 1992.
- LUCAS, Allison, “*Friends of the Court? The Ethics of Amicus Brief Writing in First Amendment Litigation*”, *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 26, Nº 5, 1998.
- MACIEL, Adhemar Ferreira, “*“Amicus Curiae”: Um Instituto Democrático*”, *Revista de Informação Legislativa*, Nº 153, Jan.-Mar. 2002.
- MAIOR, Mariana Sotto, “*O Direito de Acção Popular na Constituição da República Portuguesa*”, *Documentação e Direito Comparado*, nº 75/76, 1998.
- MAZZARELLA, “*Appunti sul Fatto Notorio*”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. II, 1934.
- MEDINA, Damares, *Amigo da Corte ou Amigo da Parte? Amicus Curiae no Supremo Tribunal Federal*, 2008.
- MESQUITA, Miguel, “*Princípio da Gestão Processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano-145 Nº 3995, Nov.-Dez., 2015.
- MINUCHE, Jorge Baquerizo, “*El Amicus Curiae: Una Importante Institución Para la Razonabilidad de las Decisiones Judiciales Complejas*”, *Revista Juridica*, 21ª Ed., 2004.
- MOHAN, S. Chandra, “*The Amicus Curiae: Friends no More?*”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 2010.
- MOREIRA, Rui, *Os Princípios Estruturantes do Processo Civil Português e o Projecto de uma Nova Reforma do Processo Civil*, 2013.
- MUBANGIZI, John C. & MBAZIRA, Christopher, “*Constructing the Amicus Curiae procedure in human rights litigation: What can Uganda learn from South Africa?*”, *Law, Democracy & Development*, Vol. 16, 2012.

- NETO, Abílio, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 2ª Ed. Revista e Ampliada, 2014.
- NEVES, Castanheira, *Metodologia Jurídica Problemas Fundamentais*, Reimpressão, 2013.
- NISSER, Carl & BLANKE, Gordon, “*Reflections on the Role of the European Commission as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings*”, *European Competition Law Review*, Vol. 4, 2006.
- O’CONNOR, Vivienne, “*Practioner’s Guide: Common Law and Civil Law Traditions*”, *INPROL*, Março de 2012.
- PAINELLI, Hellen & SILVA, Gilson, “*A Concretização da Figura do Amicus Curiae à Luz do Novo Código de Processo Civil e a Sua Função Constitucional*”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, Nº 5, 2016.
- PASSAGLIA, P., *L’intervento Di Terzi Nei Giudizi Di Costituzionalità Concreti*, 2016.
- PECKHAM, Robert F., “*The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition*”, *California Law Review*, Vol. 69, Nº 3, 1981.
- PIMENTA, Paulo, *Processo Civil Declarativo*, 2ª Ed., 2017.
- PLUCKNETT, Theodore F. T., *A Concise History of the Common Law*, 5ª Ed., 1929.
- POUND, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, 1922.
- QUINTAS, Ricardo, “*Amicus Curiae No Direito Processual Civil Português: O Enigma Da Esfinge De Tebas?*”, *Revista Jurídico Luso-Brasileira*, Nº 2, Ano 4, 2018.
- RAINHO, José Manso, *Prova Testemunhal: Prova-rainha ou Prova Mal-dita?*, 2010.

https://www.trg.pt/ficheiros/estudos/mansorainho_provatestemunhal.pdf

- RE, Edward Domenic, *Stare Decisis*, Texto apresentado no *Seminar for Federal Appellate Judges*, 13-16 de Maio de 1975.
- RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 2ª Ed., 2016.
- ROMBOLI R.,” *La Parte Del Processo Costituzionale: Amicus Curiae O Titolare Di Interessi?*”, *Il Foro Italiano*, Vol. 105, 1982.
- RUSSEL, Bertrand, *Marriage and Morals*, 1929.
- SALGADO, Hugo Arias, *How Civil and Common Law Countries Treat Fact-Finding*, 26 de Setembro de 2016.

<http://www.mondaq.com/x/526638/Civil+Law/How+Civil+And+Common+Law+Countries+Treat+FactFinding>

- SCHULZ, Fritz, *Principles of Roman Law*, 1936.
- SCHWARZER, William W. & HIRSCH, Alan, *The Elements of Case Management: A Pocket Guide for Judges*, 2ª Ed., 2006.
- SILVESTRI, Elisabetta, “L’”*Amicus curiae*”: *Uno Strumento per la Tutela Degli Interessi Non Rappresentati*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Vol. 51, nº 3, 1997.
- SOARES, Marcelo Negri & WINKLER, Camila Gentil, “*Amicus Curiae no Brasil: um terceiro necessário*”, *Revista dos Tribunais*, Vol. 953, 2015.
- SUBRIN, Stephen N., “*How Equity Conquered the Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 135, 1987.
- SWARD, Ellen E., “*Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System*”, *Indiana Law Journal*, Vol. 64, Nº 2, 1989.
- TAPPER, Colin, “*Discovery in Modern Times: A Voyage around the Common Law World – The Charles Green Lecture*”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 67, 1991.
- TEUBNER, Gunther, *Recht und Sozialtheorie: Drei Probleme*

Traduzido por ALISON LEWIS in *Ancilla Iuris*, 2014.

- TRIANTAFILOU, Epaminontas, *A More Expansive Role for Amici Curiae in Investment Arbitration?*, 11 de Maio de 2009.

<http://kluwerarbitrationblog.com/2009/05/11/a-more-expansive-role-for-amici-curiae-in-investment-arbitration>

- TROCKER, Nicolo, “L’” *Amicus Curiae*” *Nel Giudizio Davanti Alla Corte Europea Dei Diritti Dell’Uomo*”, *Rivista di Diritto Civile*, 1ª Parte, Ano 35, 1989.

- VAN CAENEGEM, William, “*Adversarial Systems and Adversarial Mindsets: Do We Need Either?*”, *Bond Law Review*, Vol. 15, Nº 2, 2003.

- VARELA, Antunes, *Manual de Processo Civil*, 2ª Ed., 2004.

- WHARTON, J. J. S., *The Law Lexicon, or Dictionary of Jurisprudence*, 1848.

- WOHL, Alexander, “*Friends with Agendas*”, *A.B.A. Journal*, Vol. 82, Novembro de 1996.

JURISPRUDÊNCIA

ÁFRICA DO SUL

- *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, Case CCT/02, 2002.

ARGENTINA

- *Acordada* N° 28/2004, de Julho de 2004.
- *Acordada Extraordinaria* N° 85/2007, de 19 de Julho 2007.

BRASIL

- Supremo Tribunal Federal do Brasil, Acórdão 3.460, de 12 de Fevereiro de 2015, Relator TEORI ZAVASCKI.

EUA

- *United States Supreme Court, Green v. Biddle*, 5 de Março de 1821.
- *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 1989.
- *Muller v. State of Oregon*, 208 US 412, 1908.
- *Jaffe v. Redmond*, 518 U.S. 1, 13 de Junho de 1996.

ITÁLIA

- *Sentenza* 150/2005, *Presidente CONTRI, Redattore DI SIERVO*.
- *Sentenza* 129/2006, *Presidente MARINI, Redattore SILVESTRI*.
- *Ordinanza* N° 11387/2016, *Presidente AMOROSO GIOVANNI, Relatore GIUSTI ALBERTO*.

INTERNACIONAIS

- *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case N° ARB/05/20 (ICSID).
- *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case N° ARB/07/22 (ICSID).
- *Requête n° 4687/11* (Tribunal Europeu dos Direitos do Homem).

PORTUGAL

- STJ, Processo N° 081627, de 5 de Maio de 1992, Relator VASSANTA TAMBÁ.
- Relação de Lisboa, Processo N° 1378/10.3TVLSB-8 de 11 de Novembro de 2010, Relator MARIA AMÉLIA AMEIXOEIRA.
- STJ, Processo N° 05A3054, de 27 de Abril de 2005, Relator SILVA SALAZAR.
- STJ, Processo N° 087244, de 26 de Setembro de 1995, Relator TORRES PAULO.
- STJ, Revista excepcional n.º 1380/13.3T2AVR.C1.P1, de 11 de Fevereiro de 2015, Relator ALVES VELHO.
- STJ, Revista excepcional n.º 215/13.1TVLSB.L1.S1, de 29 de Maio de 2015, Relator BETTENCOURT DE FARIA.
- STJ, Revista excepcional n.º 6427/09.5TVLSB.L1.S1, de 13 de Janeiro de 2015, Relator NUNO CAMEIRA.
- STJ, Processo N° 7617/15.7T8PRT.S1, de 8 de Setembro de 2016, Relator OLIVEIRA VASCONCELOS.
- Relação de Lisboa, Processo N° 0000836, de 28 de Março de 1996, Relator URBANO LOPES DIAS.
- Acórdão STJ 03A1243 de 7 de Outubro de 2003, Relator NUNO CAMEIRA (Portugal).

ANEXOS

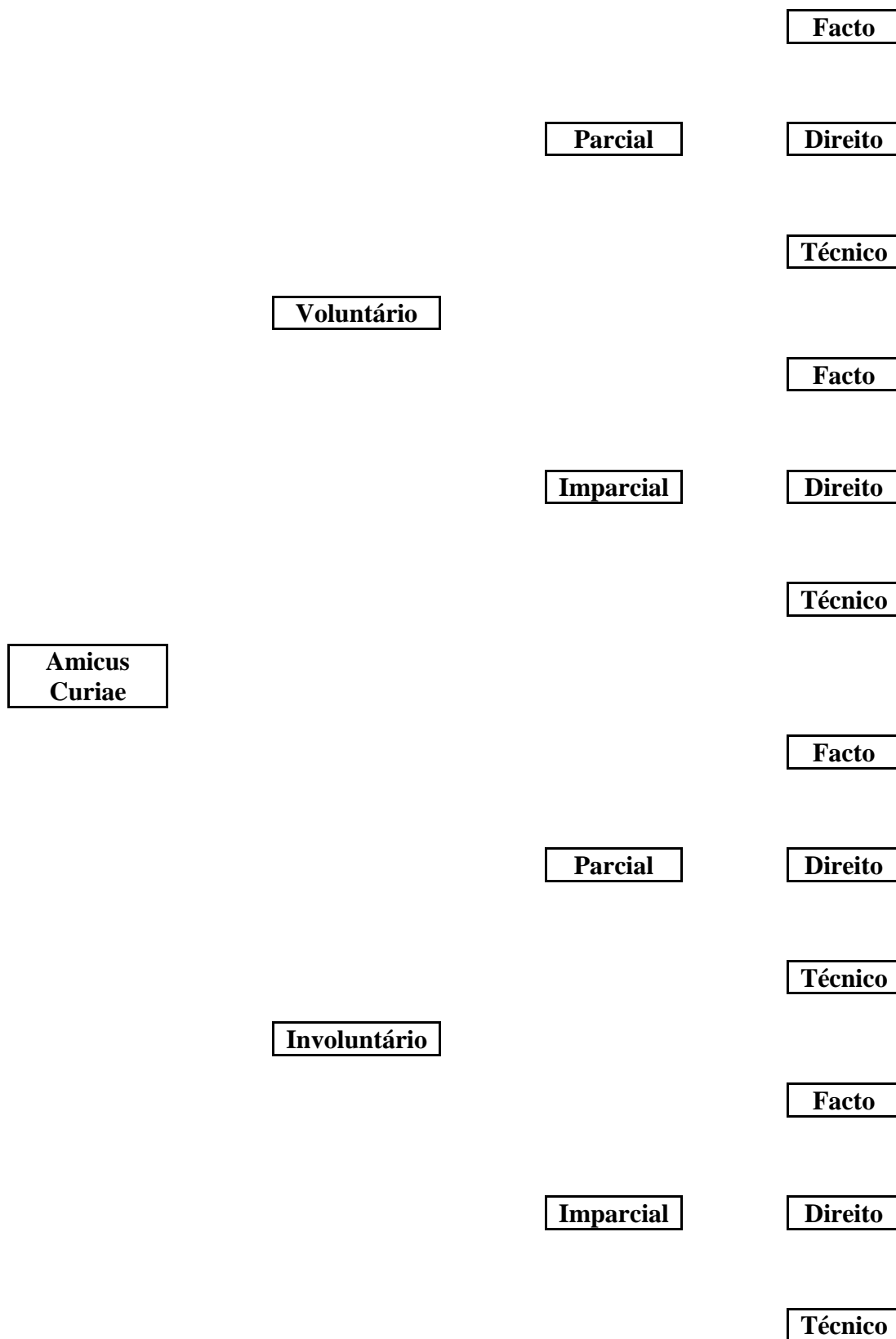


Fig. 1 – Figuras possíveis de *amicus curiae*.