

# AMICUS CURIAE EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO: UNA PRESENTACIÓN

---

Cassio Scarpinella Bueno\*

## RESUMEN

Este artículo pretende discutir las posibilidades de empleo y difusión de la figura del *amicus curiae* en el Derecho Procesal Civil brasileño actual. Para ello, analiza los orígenes de la institución en los derechos inglés y estadounidense, los factores de referencia legislativos repartidos en el derecho brasileño y la propuesta de un nuevo Código de Proceso Civil para el país que regula expresamente aquella modalidad de intervención. La conclusión es que, independientemente de innovaciones legislativas, el *amicus curiae* ya se presenta como una especie de intervención de terceros presente y de uso creciente en el actual escenario del derecho brasileño, apta para ser generalizada como una indispensable herramienta de legitimación de las decisiones jurisdiccionales.

**Palabras clave:** *Amicus curiae*, intervención de terceros, modelo constitucional del Derecho Procesal Civil, principios de la contradicción y de la colaboración, legitimación de las decisiones jurisdiccionales.

---

\* Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil). Maestro, Doctor y docente en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil). Profesor de Derecho Procesal Civil en los cursos de Graduación, Especialización, Maestría y Doctorado de la misma Facultad. Miembro y Director de Relaciones Institucionales del Instituto Brasileiro de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Integró la Comisión Técnica de Apoyo a la elaboración del informe general en la revisión del proyecto del nuevo CPC en el ámbito del Senado Federal y participó en los Encuentros de Trabajo de Juristas sobre el mismo Proyecto en el ámbito de la Cámara de los Diputados. Abogado.

## ABSTRACT

This article discusses the possibilities of employment and dissemination of the *amicus curiae* in the Brazilian civil procedural law. It analyzes the origins of *amicus curiae* in England and in the United States, the legislative benchmarks of Brazilian law and the bill of the new Brazilian Civil Procedure Code which expressly discipline that kind of intervention. The conclusion is that, regardless of legislative innovations, the *amicus curiae* is already a kind of third-party intervention with increasing usage in the current scenario of Brazilian law, able to be generalized as an indispensable tool of legitimation of judicial decisions.

**Key words:** *Amicus curiae*, third-party intervention, relations between civil procedure law and constitutional law, due process of law, legitimacy of judicial decisions.

## 1. ORÍGENES

La expresión “*amicus curiae*” es latina y una expresión latina, para los hablantes de portugués o español, no debería provocar *a priori* mayores dificultades. En este caso, basta entender *curiae* como “tribunal” y *amicus* como “amigo”. De esta forma, tendríamos en portugués: “amigo do tribunal” y en español: “amigo del tribunal”. Sin embargo, no se resuelve nada con la traducción propuesta, meramente literal, de dicha expresión.

En primer lugar porque la expresión “amigo del tribunal” no tiene ninguna relación con otras figuras conocidas de nuestro Derecho Procesal Civil. La palabra “amigo” solamente aparece en nuestro Código de Proceso Civil (CPC) para atestar casos de *recusación* del magistrado (art. 135, I, del CPC) y, por extensión, de los auxiliares de la justicia (art. 138) y, también, de *recusación* de testigo (art. 405, § 3º, III). Definitivamente, no hay ninguna relación con el tema que se discute.

En segundo lugar porque, a pesar de que la expresión sea latina, queda poco claro que la institución efectivamente haya surgido y se haya desarrollado en el derecho romano. Quienes así lo afirman son los historiadores y los romanistas en general. Algunos llegan a decir que, a lo más, en el derecho romano habría algo próximo al *amicus curiae*, el *consiliarius*<sup>1</sup>. No hay, sin embargo, un mayor desarrollo respecto del asunto en la doctrina dedicada al tema.

Consta que en el antiguo derecho inglés, el *amicus curiae* comparecía ante las cortes en causas que no envolvían intereses gubernamentales en calidad de “*attor-*

<sup>1</sup> SCARPINELLA BUENO, *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 111-113. Para profundizar sobre el tema, consultar también las consideraciones de KÖHLER, *Amicus curiae: amigos del tribunal*. Buenos Aires: Astrea, 2010. pp. 1-4 y de BISCH, *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 17-19.

ney general” o, más ampliamente, de *counsels*. En esa calidad, el *amicus* tenía como función señalar y sistematizar, actualizando, eventuales precedentes (*cases*) y leyes (*statutes*) que se suponían, por cualquier razón, desconocidos para los jueces. Al respecto, es común decir que una de las primeras funciones desempeñadas por el *amicus curiae* era la de “*shepardizing*”. Esa palabra, utilizada hasta hoy, significa la función de identificar los precedentes de cada caso, su *ratio decidendi* y su evolución<sup>2</sup>.

Teniendo también presente el derecho inglés, la doctrina menciona esta figura expresamente en el siglo XVII, más precisamente en el año 1686, en un caso que envolvía a Sir George Treby, que fue convocado en un proceso para que se manifestara sobre lo que había decidido respecto a la aprobación de una determinada ley en la que él había participado durante el proceso legislativo. Otro caso, también del derecho inglés, es *Coxe vs. Phillips* (1736), en que el *amicus curiae* aparece como un verdadero informante sobre cierto casamiento fraudulento y que por tal razón determinado legado no podía ser concedido<sup>3</sup>. Lo interesante de este caso para el Derecho Procesal Civil brasileño actual es que poco se asemeja a lo que, en general, se trata como *amicus curiae*. Para nosotros, una “lid fraudulenta” le impone al magistrado la extinción del proceso con base en el art. 129 del CPC o, si tiene valor de cosa juzgada, el enjuiciamiento de una “acción rescisoria” con fundamento en el art. 485, III, del mismo Código, hipótesis en que cabe recordar que el Ministerio Público está legitimado para tanto (art. 487, III, “b”, del CPC). La dificultad es, no obstante, cómo el juez o el Ministerio Público saben que están ante una lid fraudulenta. Desde esa perspectiva, el asunto sería tratado como medio de prueba, al menos para nuestro derecho actual. Pero nunca como “intervención de tercero”. Menos aún como *amicus curiae*.

A propósito, Bisch narra las alteraciones para “reevaluar y reglamentar el *amicus curiae*” en el sistema jurídico inglés a partir de 2001, iniciativa que dio origen al “*Amicus curiae protocol working group*”. Por intermedio de aquel acto, el *amicus curiae* se convirtió en “*Advocate to the Court*”<sup>4</sup>.

En el derecho estadounidense, los orígenes del *amicus curiae* pueden dividirse en dos grupos. En el primero, hay dos casos en los que –a nuestro entender– el *amicus curiae* actuó como “abogado del Estado”. En ambos, el representante judicial del Estado ingresó en el proceso para buscar la protección de determinadas posiciones jurídicas del propio Estado. Se hace referencia a los casos *The Schooner Exchange vs. McFadden* (1812) y *Green vs. Biddle* (1823). En el segundo grupo, ya en el siglo XX, sobre todo a partir de los años 70, el *amicus curiae* sufre

<sup>2</sup> Cf. *BLACK'S LAW DICTIONARY*, p. 1381.

<sup>3</sup> SCARPINELLA BUENO. *Op. cit.*, pp. 114-115.

<sup>4</sup> BISCH, *Op. cit.*, pp. 30-31. La transcripción del texto referido está en las pp. 169-171 del trabajo.

una importante mutación. Ya no se admite apenas el “*amicus curiae* público (o gubernamental)” sino también el “*amicus curiae* privado”. Privado no solamente en el sentido de ser persona de derecho privado (y no un representante del Estado como en los demás casos mencionados) sino también de buscar la tutela de intereses propios. Muchos critican tales intervenciones, dada su *parcialidad*. La admisión de la intervención por parte de los Tribunales, sin embargo, se produce porque de alguna forma, se entiende que los intereses en juego no están suficientemente representados en juicio, al mismo tiempo en que no se admite otra modalidad de intervención de terceros o, incluso, la imposibilidad de que el proceso pase a tramitarse como *class action*. Los casos indicados por la doctrina, en general, son los siguientes: Wyatt vs. Stickney (1972), EEOC vs. Boeing Co. (1985) y United States vs. Michigan (1987)<sup>5</sup>.

Para evitar los problemas derivados de la *parcialidad*, existen diversas reglas de contención, inclusive relativas a la necesidad de que el interviniente declare al financiador (o patrocinador) de su intervención. Diversos Estados estadounidenses, como sucede en el ámbito federal, tienen leyes propias para regular esta modalidad de intervención<sup>6</sup>.

## 2. FACTORES REFERENCIALES DE LA INSTITUCIÓN EN EL DERECHO BRASILEÑO

Aunque confesamente breve, el historial anterior ya permite formular algunas preguntas que merecen la debida atención: ¿Qué es (o puede ser), para el derecho brasileño, *amicus curiae*? ¿Cuál es (o puede ser) su función procesal? ¿Qué hace (o puede hacer) el *amicus curiae*? ¿Tenemos necesidad de incorporar esa figura del derecho extranjero?

La última pregunta es la más pertinente de todas: ¿realmente tenemos la necesidad de incorporar dicha institución al Derecho brasileño? La respuesta sólo tiene el sentido de distinguir la figura del *amicus curiae* de otras figuras de intervención de tercero que conocemos y que no son tan diferentes de las admitidas por los Códigos de Proceso Civil que en su origen recibieron influencia de las leyes españolas. Y en esta tarea es absolutamente insuficiente querer estudiar *amicus curiae* traduciendo la expresión para el vernáculo sin tomar en cuenta cuál es la función que desempeña en el derecho extranjero. También es insuficiente querer catalogar la hipótesis como una intervención de un tercero *sui generis*, diferenciada de las demás, una verdadera “intervención *anómala*”. Tales pasos son importantes en la tarea cognitiva de la figura como un todo, no hay porqué negarlo, pero no bastan para responder las preguntas formuladas.

<sup>5</sup> SCARPINELLA BUENO, *Op. cit.*, pp. 116-128.

<sup>6</sup> *Ibidem*. pp. 125-126.

Para tanto, la mayoría de los factores referenciales del derecho brasileño que merecen un examen más detenido ni siquiera se encuentran en el CPC que, en lo que dice respecto a las modalidades de intervención de tercero, es bastante hermético y, sin duda alguna, confesadamente *privatista e individualista*. Ciertamente, no es suficiente recordar la “*assistência*”, la “*oposição*”, la “*nomeação à autoria*”, la “*denúnciação da lide*” o el “*chamamento ao processo*”<sup>7</sup>. Aunque queramos extender esa lista a otras figuras codificadas que tratan sobre la intervención de terceros – como es el caso del “*recurso de terceiro prejudicado*”, de los “*embargos de terceiro*” e, incluso, de las diversas formas de intervención de un tercero en la ejecución– todo eso, insisto, es insatisfactorio para comprender la función que puede desempeñar el *amicus curiae* en el derecho brasileño.

Así, lo que cabe destacar son las siguientes previsiones que se alejan por completo de aquellas modalidades “tradicionales” de intervención de terceros:

- (a) El art. 31 de la ley 6.385/1976 admite la intervención de la CVM (Comisión de Valores Mobiliarios) en procesos relativos al mercado de capitales<sup>8</sup>.
- (b) Los caps. de los arts. 57, 118 y 175, ley 9.279/1996 tratan sobre la posibilidad de intervención del INPI (Instituto Nacional de Propiedad Industrial) en los procesos en que se cuestione nulidad de patente, de registro de diseño industrial y de marca, respectivamente<sup>9</sup>.
- (c) El art. 118 de la ley 12.529/2011 trata sobre la intervención del CADE (Consejo Administrativo de Defensa Económica) en todos los procesos relativos a prevención y represión a las infracciones contra el orden económico<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Comparar las intervenciones de tercero del Derecho Procesal Civil brasileño con las del colombiano es una tarea importantísima pero que sobrepasa los límites de este trabajo. Tales intervenciones, sin embargo, no obstante sus aspectos característicos, no son tan diferentes como un examen menos profundo podría revelar.

<sup>8</sup> La redacción de la disposición legal es la siguiente: “Art. 31. En los procesos judiciales que tengan por objeto una materia incluida en la competencia de la Comisión de Valores Mobiliarios, ésta será siempre notificada para, caso que lo desee, ofrezca compadecer o preste aclaraciones, en el plazo de 15 (quince) días a contar de la notificación. § 1º. La notificación se realizará inmediatamente después de la contestación, por mandato o por carta con acuse de recibo, conforme la Comisión tenga, o no, sede o representación en la comarca en que haya sido interpuesta la acción. § 2º. Si la Comisión ofrece parecer o presta aclaraciones, será notificada de todos los actos procesales subsecuentes, mediante el diario oficial que publica expediente forense o por carta con acuse de recibo, en los términos del párrafo anterior. § 3º Se atribuye a la Comisión legitimidad para interponer recursos, cuando las partes no lo hicieren. § 4º. El plazo para los efectos del párrafo anterior comenzará a correr, independientemente de nueva notificación, el día inmediato a aquel en el que acabe el de las partes”.

<sup>9</sup> Todas las disposiciones legales tienen la siguiente redacción: “La acción de nulidad de patente será sometida a juicio en el foro de la Justicia Federal y el INPI, cuando no fuera autor, intervendrá en el hecho”.

<sup>10</sup> “Art. 118. En los procesos judiciales en que se discuta la aplicación de esta Ley, el CADE deberá ser notificado para, caso lo desee, intervenir en el hecho en calidad de asistente”.

- (d) El art. 49 de la ley 8.906/1994 admite la intervención de la OAB (Orden de los Abogados de Brasil) para cuestionar en juicio (y fuera de él) la correcta aplicación del Estatuto de la Orden de los Abogados de Brasil y de la Abogacía<sup>11</sup>.
- (e) El art. 5° de la ley 9.469/1997 reglamenta la intervención de personas jurídicas de derecho público (federales) “independientemente de la demostración de interés jurídico” para aclarar cuestiones de hecho y de derecho, juntar documentos y memoriales y, también, recurrir<sup>12</sup>.
- (f) En el ámbito del control de constitucionalidad, hay dos reglas importantes. El art. 7°, § 2°, de la ley 9.868/1999 según el cual “El relator, considerando la relevancia de la materia y la representatividad de los postulantes, podrá, por despacho sin derecho a recurso, admitir, observado el plazo fijado en el párrafo anterior, la manifestación de otros órganos o entidades”. Los §§ 1° a 3° del art. 482 del CPC, introducidos en él por iniciativa de la misma ley 9.868/1999, prevén, de forma más o menos similar, la posibilidad de dicha intervención en los casos en que la constitucionalidad se discute incidentalmente en el proceso<sup>13</sup>.
- (g) El art. 14, § 7°, de la ley 10.259/2001 también prevé la intervención de “terceros” en la uniformización de jurisprudencia que tiene lugar en los

---

<sup>11</sup> La siguiente es la redacción de la disposición legal: “Art. 49. Los presidentes de los Consejos y de las sub-secciones de la OAB tienen legitimidad para actuar, judicial o extrajudicialmente, contra cualquier persona que infrinja las disposiciones o los fines de esta ley. Párrafo único. Las autoridades mencionadas en el *caput* de este artículo tienen, también, legitimidad para intervenir, incluso como asistentes, en las investigaciones y procesos en que sean indiciados, acusados u ofendidos, los inscritos en la OAB”.

<sup>12</sup> “Art. 5°. La Unión podrá intervenir en las causas en que figuren, como autores o reos, autorquías, fundaciones públicas, sociedades de economía mixta y empresas públicas federales. Párrafo único. Las personas jurídicas de derecho público podrán, en las causas cuya decisión pueda tener reflejos, aunque sean indirectos, de naturaleza económica, intervenir, independientemente de la demostración de interés jurídico, para aclarar cuestiones de hecho y de derecho, pudiendo juntar documentos y memoriales reputados útiles al examen de la materia y, si fuera el caso, recurrir, hipótesis en la que, para fines de transferencia de competencia, serán consideradas partes”.

<sup>13</sup> La redacción de las disposiciones codificadas anteriormente citadas es la siguiente: “§ 1°. El Ministerio Público y las personas jurídicas de derecho público responsables de la edición del acto cuestionado, si así lo requirieran, podrán manifestarse en el incidente de inconstitucionalidad, observados los plazos y condiciones fijados en el Régimen Interno del Tribunal. § 2°. Los titulares del derecho de interposición de demanda referidos en el art. 103 de la Constitución podrán manifestarse, por escrito, sobre la cuestión constitucional objeto de apreciación por el órgano especial o por el Pleno del Tribunal, en el plazo fijado en el Reglamento, estándoles asegurado el derecho de presentar memoriales o de pedir que se adjunten los documentos. § 3°. El relator, considerando la relevancia de la materia y la representatividad de los postulantes, podrá admitir, por despacho inapelable, la manifestación de otros órganos o entidades”.

- Tribunales Especiales Federales<sup>14</sup>, regla que se repetía –coherentemente– en el art. 19, § 4º, de la ley 12.153/2009 para los Tribunales Especiales de las Haciendas Públicas, vetada, no obstante, en la promulgación de dicha ley<sup>15</sup>.
- (h) El art. 3º, § 2º, de la ley 11.417/2006 admite intervención de “terceros” en el *proceso* que tiene como objetivo la edición, revisión y cancelación de *Súmula* ante el Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>.
- (i) El § 7º del art. 543-A del CPC, introducido por la ley 11.418/2006, acepta la intervención de “terceros” en la identificación de la repercusión general de los recursos extraordinarios<sup>17</sup>, novedad introducida en el derecho brasileño por la Enmienda Constitucional n. 45/2004.
- (j) Similarmente y, con esta información concluye la lista, el § 3º del art. 543-C del CPC, novedad traída por la ley 11.672/2008, admite la intervención de “terceros” en los denominados “recursos especiales *repetitivos*”<sup>18</sup>.

Es posible, y necesario, distinguir dos grupos distintos en las diversas previsiones normativas mencionadas.

En los casos enumerados de las letras “a” a “e”, los intervinientes allí previstos pueden ingresar en el proceso ajeno haciéndolo en nombre de su propia razón *institucional* de ser. Actúan, por así decirlo, para demostrar las especificidades de un ramo del derecho, de una cuestión jurídica, para finalmente auxiliar al juez a emitir una decisión que lleve en consideración las peculiaridades de aquella causa. Tanto que, y coherentemente, el interviniente es expresamente nominado (previsto) por la propia norma jurídica que lo autoriza.

<sup>14</sup> “Si fuera necesario, el relator pedirá informaciones al Presidente de la “Turma Recursal” o al Coordinador de la “Turma de Uniformização” y oír al Ministerio Público, en el plazo de cinco días. Los eventuales interesados, aunque no sean partes en el proceso, podrán manifestarse, en el plazo de treinta días”.

<sup>15</sup> La redacción de la disposición era la siguiente: “§ 4º. Eventuales interesados, aunque no sean partes en el proceso, podrán manifestarse en el plazo de 30 (treinta) días”. A pesar del veto, el mejor entendimiento es que la previsión de la Ley n. 10.259/2001 sea suficiente para regular la hipótesis en todo el *microsistema* de los Tribunales Especiales. Al respecto, ver mi *Amicus curiae* no processo civil brasileiro. Op. cit. pp. 215-216 y nota 146.

<sup>16</sup> La redacción de la disposición es: “§ 2º. En el procedimiento de edición, revisión o cancelación de enunciado del sumario vinculante, el relator podrá admitir, por decisión inapelable, la manifestación de terceros en la cuestión, en los términos del Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal”.

<sup>17</sup> La redacción de la disposición es la siguiente: “§ 6º. El Relator podrá admitir, en el análisis de la repercusión general, la manifestación de terceros, suscrita por procurador habilitado, en los términos del reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal”.

<sup>18</sup> La redacción de la disposición legal es la siguiente: “§ 3º. El relator podrá solicitar informaciones, que se prestarán en el plazo de quince días, a los tribunales federales o estatales con respecto a la controversia.”.



Me permito realizar las siguientes observaciones sobre algunas de aquellas previsiones:

Con relación al art. 5° de la ley 9.469/1997, cabe destacar que se trata de una previsión que viene repitiéndose en el derecho brasileño desde el art. 70 de la Ley n. 5.010/1966 y, de forma muy similar a la previsión actual, desde el art. 7° de la Ley n. 6.825/1980. Su Exposición de Motivos, o más exactamente la Exposición de Motivos de la Medida Provisional 1.561-6/1997 que la antecedió, es expresa respecto a tratarse de una hipótesis de *amicus curiae*. Es por esto que no hay cómo concordar con algunos autores que critican la previsión, entendiéndola incluso inconstitucional porque no habría asistencia sin “interés jurídico”. De hecho no hay, por lo menos para el derecho brasileño, una modalidad de *asistencia* sin interés jurídico<sup>19</sup>. Pero, (es aquí donde la investigación más profunda es el factor de diferencia) no se trata de asistencia, sino de una figura muy distinta y que no se confunde (y no puede ser confundida) con la asistencia. La hipótesis es de *amicus curiae*.

La OAB, en los términos del art. 49 de la ley 8.906/1994, interviene en procesos para defender prerrogativas de abogados, demostrar cuál es su dinámica y cómo estas deben cumplirse (o no) en cada caso concreto. No actúa propiamente en pro del abogado, sino de sus prerrogativas. El interés que informa la intervención no es (y no puede ser) un interés propio del abogado. Si así fuera estaríamos tratando de las modalidades tradicionales de intervención de terceros.

En todos los casos indicados en las letras “a” a “j” cabe distinguir con precisión que nada impide que la CVM, el INPI, el CADE, la OAB y las personas de derecho público sean *autores* o *reos* en las más diversas situaciones. En tales casos, sin embargo, su actuación como *parte* aleja, por definición, su actuación como *tercero* y, consecuentemente, nada habrá para destacar con relación al tema propuesto. Definitivamente, las dificultades anunciadas a título de *amicus curiae* no se plantean en esos casos.

En las demás hipótesis, indicadas en las letras “f” a “j”, la previsión legislativa no es clara sobre *quién* puede intervenir, limitándose a admitir la intervención genérica de *terceros*. ¿Y quién es el *tercero* que actuará en el control de la constitucionalidad, en la fijación de tesis jurídicas en el ámbito de los Tribunales Especiales, en la identificación de la repercusión general o, incluso, en los recursos especiales repetitivos? Las previsiones legislativas no son claras. ¿Y serían estos intervinientes *amici curiae*? Parece que la respuesta debe ser positiva. Incluso por exclusión: si no fueran *amici curiae*, ¿qué serían?, ¿meros terceros? La respuesta es, claramente, insatisfactoria. En tales casos, en realidad, el *sujeto* o *ente* que pretenderá intervenir será el factor de diferencia para justificar la razón de ser de aquella intervención. Con las debidas salvedades y cuidados, siempre necesarios, cuando se pretende “importar” figuras del derecho extranjero para el derecho nacional, son hipótesis si-

<sup>19</sup> Para esa discusión, ver: SCARPINELLA BUENO, *Op. cit.*, pp. 225-229.



milares que las doctrinas inglesa y estadounidense tratan cuando exponen la fuerza de los precedentes. La fijación (o definición) de los precedentes presupone algunos autores, la discusión exhaustiva de los argumentos favorables o desfavorables de una tesis y, por esto, cuantos más de esos argumentos se *representasen* en juicio, tanto mejor<sup>20</sup>.

Tales casos son explícitamente más amplios que los anteriores, incluso por la falta de identificación del interviniente. Es constatar, además, la cantidad de intervenciones que, a ese título, son diariamente pleiteadas en el ámbito del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia. La única salvedad que me parece fundamental hacer en relación a las intervenciones en el ámbito del Supremo Tribunal Federal (en especial con relación a la identificación de la repercusión general) se refiere al llamado “Plenario Virtual”. El empleo de las más recientes tecnologías no puede eximir a los pretendientes a la intervención del *proceso* decisorio. Aunque sea en ambiente virtual, ellos tienen el *derecho* de participar (y participar en el sentido de *influir*) en la decisión que será emitida en uno u otro sentido. Así, el llamado “Plenario Virtual” tiene que permitir las intervenciones de forma oportuna para que todos los Ministros tengan acceso a ellas y, así, llevar en consideración los argumentos favorables y desfavorables en uno u otro sentido.

### 3. CÓMO GENERALIZAR EL *AMICUS CURIAE* EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

A esta altura de la exposición, nuevas preguntas se presentan: ¿Es posible (o deseable) generalizar la previsión de las reglas ya destacadas? ¿Todas ellas, e indistintamente, son hipótesis de intervención de *amicus curiae*? ¿Hay alguna relación entre lo que se describe en Inglaterra hace cuatrocientos años y lo que está ocurriendo en el derecho brasileño actual?

Para enfrentar las nuevas preguntas, es pertinente establecer dos premisas. La primera es la constatación, que no me parece que sea seriamente posible refutar, de que la concepción que pasó a tenerse de la *norma jurídica* y del papel de la interpretación de los días de hoy es muy distinta de la que era la antigua tradicional. Es lo que algunos autores de la doctrina han llamado (correctamente) de “crisis del legalismo”. De forma muy simplificada, esta crisis debe ser entendida como la preconcepción de que *el texto* de la ley no corresponde a la *norma jurídica*, siempre dependiente de la necesaria y previa interpretación. De esta forma, el dogma tradicional de que “el juez es la boca de la ley” pierde valor<sup>21</sup>. La valoración pasa a ser elemento integrante (y consciente) de la interpretación (creación) de la norma

<sup>20</sup> *Ibidem.* pp. 528-533.

<sup>21</sup> Varios son los autores que se dedican al tema. Por todos, v. ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*. Traducido por J. Baptista Machado. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste

jurídica. ¿Y cómo garantizar que los valores personales del magistrado o de la magistrada no influyan en la interpretación que le darán a la norma jurídica? ¿O ellos pueden influir, siempre y cuando lo hagan de forma virtuosa?

La segunda premisa es el papel que, gradualmente, los “precedentes judiciales” vienen ocupando en el derecho brasileño. No es que estemos migrando en dirección a la *common law*, afirmación tan simplista como común de enunciarse en los días actuales; definitivamente no me parece que sea este el fenómeno aquí identificado. Lo que cabe relevar, *independientemente* de la existencia, o no, de esta migración o, al menos, de una mayor influencia del sistema jurídico típico de los ordenamientos de la *common law*, es que el derecho constitucional y el derecho infra-constitucional brasileño pasaron a admitir, de manera expresa, el carácter *vinculante* de determinadas decisiones emanadas del Supremo Tribunal Federal. Y de forma más amplia y más generalizada, el carácter *persuasivo* de las decisiones de todos los demás Tribunales ha sido una constante en las más recientes reformas emprendidas en el actual CPC<sup>22</sup>. Esta tendencia, según mi opinión, conduce a lo que consta en el Proyecto de nuevo CPC que estipula como *directriz* que “Los tribunales, en principio, velarán por la uniformización y por la estabilidad de la jurisprudencia, observándose lo siguiente: (...) III. La jurisprudencia confirmada de cualquier tribunal debe orientar las decisiones de todos los órganos vinculados a él; IV. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y de los tribunales superiores debe regir las decisiones de todos los tribunales y cortes singulares del país, a fin de concretar plenamente los principios de la legalidad y de la isonomía,”<sup>23</sup>.

Es evidente que ambas premisas nos invitarían a polemizar en relación a ellas, a cuestionarlas e, incluso, a negarlas. En este caso, sin embargo, basta subrayarlas y aceptarlas como dato de nuestro actual sistema jurídico. Aceptación *acrítica*, es verdad, pero aceptación. Hecha esta salvedad y expuestas las premisas, cabe enfrentar las preguntas formuladas.

El hecho es que el aporte de elementos “valorativos” o, al menos, *informativos* y los impactos de la fijación de un precedente o incluso la existencia de otros dispersos

---

Gulbenkian, 2001. pp. 235-236. Por mi parte, me tomo la libertad de indicar al lector lo que expuse en *Amicus curiae no processo civil brasileiro*, *Op. cit.* 49-73.

<sup>22</sup> Esa distinción está bien desarrollada por CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 304-312 y más recientemente en “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”. En: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11, y MANCUSO, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 426-447.

<sup>23</sup> El texto corresponde al art. 822 del PLS 166/2010, aprobado en el Senado Federal. En el informe presentado en la Cámara reaparece en otro contexto; ya no en la disciplina de los Tribunales, sino de la sentencia.

por el sistema es una función que, bien entendidos los orígenes del *amicus curiae* en Inglaterra y en Estados Unidos, era desempeñada por él en la ya mencionada función del “shepardizing”.

Por increíble que pueda parecer, esta es una función que las previsiones normativas mencionadas en las letras “f” a “j” del ítem 3, *supra*, quieren autorizar. Es cierto que la tecnología actual facilita mucho la identificación de juzgados y de precedentes. Pero el problema no es solamente el de *identificación*, sino, mucho más que eso, el de *aplicación*; de *interpretación* de las normas jurídicas en general, incluso ante eventuales precedentes, hasta para verificar si ellos se aplican o no o si deben mantenerse o no. Y esta función, la de *aplicación* y de *interpretación* releva también la importancia de que la haga alguien que no sean necesariamente las *partes* o el propio magistrado.

Así, los *terceros* identificados en esas previsiones legislativas acaban, de alguna forma, *colaborando* con la producción de los “precedentes” de nuestra jurisprudencia, sabedores de que tales *precedentes*, por el hecho de serlo, podrán ser empleados en casos futuros alcanzando a un gran número de personas y situaciones que no necesariamente tienen condiciones de ser evaluados en el juicio del caso concreto. Es como si tales personas o situaciones ganasen con la efectiva participación de tales *terceros* una voz en el proceso actual y pendiente, una voz que permitirá una interpretación de las normas jurídicas más adecuada, por ser más discutida, más pensada, más valorada, ante diversas situaciones y personas que ella quiere regular.

Es en ese contexto (y con la mirada puesta en el derecho brasileño), que cabe enfatizar lo que he llamado de “modelo constitucional del Derecho Procesal Civil” y la necesidad de que toda la dogmática del Derecho Procesal Civil sea reformulada, quizá reconstruida, a partir de la Constitución Federal<sup>24</sup>. En este sentido, el “principio de contradicción” gana nuevos contornos, una verdadera actualización, transformándose en “colaboración”, “cooperación” o “participación”<sup>25</sup>. Y “colaboración”, “cooperación” o “participación” en el sentido de propiciar, en cada proceso, condiciones ideales de decisión a partir de los diversos elementos de hecho y de derecho presentados ante el magistrado para *influnciar* su decisión. Una contradicción *sustancial*, por lo tanto; no es una contradicción como (mero) sinónimo de defensa o de resistencia, una contradicción *formal*, como mera posición jurídica procesal. La contradicción, debemos enfatizar, como posibilidad de *participación* para *influnciar* sobre la convicción del magistrado o de la magistrada. Influnciar en el mejor sentido del Estado Democrático de Derecho. No en el sentido de buscar la unanimidad del pensamiento sino el *consenso* sobre los temas llevados a discusión. En ese sentido, nuestro *amicus curiae* es (sólo puede ser) un agente de la

<sup>24</sup> Esta es la propuesta que anima la elaboración de mi curso sistematizado de Derecho Procesal Civil, *Teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Expresado en el sentido del texto es lo que consta en las pp. 130-288.

<sup>25</sup> SCARPINELLA BUENO, *Op. cit.* pp. 84-90.

contradicción en el sentido de “colaboración”. Un *agente* que aporta elementos de hecho y de derecho para *dentro* del proceso para viabilizar una decisión que lleve en consideración tales elementos; un *agente* de la valorización inherente a la interpretación de la norma jurídica; un *agente* dirigido hacia la construcción discutida de precedentes judiciales.

Veo el *amicus curiae*, por tales razones, como un punto de contacto entre la dicotomía que usualmente hace nuestra doctrina entre el “derecho procesal *individual*” y el “derecho procesal *colectivo*”.

En realidad, en el “Derecho Procesal Civil *individual*”, entre Caio y Tício, se prevén y aceptan diversas modalidades de intervención de terceros. No obstante, Tércio, cuando pretende intervenir en estos procesos pretende la tutela de un derecho suyo, aunque los contornos de *su* derecho dependan de la definición de un derecho *ajeno*. Son intervenciones nítidamente egoístas, dirigidas a la tutela (siempre en el sentido de *protección*) del derecho propio.

En el “derecho procesal *colectivo*”, el fenómeno ocurre de forma distinta. Y no podría ser diferente por la necesaria diferenciación del derecho material cuando existente como tal en el plano material o, al menos, tratado de forma colectiva. De esta forma, son concebibles modalidades de intervención diferentes sin la preocupación *individualista* de protección de derecho propio. Se puede pensar en tutelar un “derecho ajeno” que ni siquiera puede ser subjetivado en alguien en un determinado instante. Esta es la gran clave de la comprensión del problema de la *legitimación* en el ámbito del derecho procesal colectivo y que afecta, evidentemente, no solo la identificación de quién puede ser *conductor* del proceso (en el sentido tradicional de *autor*) sino también –y en idéntica proporción– quién puede pretender intervenir en aquel proceso y a qué título.

#### 4. CONFRONTACIÓN CON PARADIGMAS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL TRADICIONAL

Es usual, repito, la afirmación de que el *amicus curiae* es una intervención *sui generis* o “anómala” de terceros. Esto, sin embargo, es antes que nada una mera constatación, poco científica, por lo demás, que sólo merece respeto en la medida en que consigue distinguir una o más figuras de otra. Es necesario, no obstante, ir más allá. El ser *sui generis* o “anómalo” es, en este sentido, la mitad del camino. Sería el caso de llegar donde el camino quiere (o, al menos puede querer) llevarnos.

Tanto más importante es el recuerdo de esta “media definición” ante lo que acabé de subrayar. La distinción entre el “derecho procesal *individual*” y el “derecho procesal *colectivo*” y el punto de contacto anteriormente destacado son más evidentes cuando comparamos las informaciones hasta aquí puestas a disposición con algunos factores referenciales existentes en nuestro Derecho Procesal Civil, por lo tanto algunos “paradigmas de análisis”.

De todas las comparaciones posibles de hacer en el ámbito del Derecho Procesal Civil brasileño, la más provechosa para el tema es la que se refiere a la función de “fiscal de la ley” o *custos legis* desempeñada tradicionalmente por el Ministerio Público (arts. 81 a 85 del CPC).

Particularmente, estoy convencido de que no me parece coincidencia la tradición de que el derecho inglés y el derecho estadounidense no conozcan, por lo menos con los contornos del nuestro, una figura próxima al *custo legis*. Recordando uno de los casos reputados como “precedentes” para los orígenes y el desarrollo del *amicus curiae* (v. ítem 1, *supra*), el de la colusión de las partes para engañar al marido, el papel que él desempeña es un típico caso de intervención del *custos legis* para nosotros. Nuestro derecho admite, repito, la legitimidad para el Ministerio Público para una acción rescisoria bajo la hipótesis de que haya colusión de las partes (art. 487, II, “b”, del CPC). La proximidad de las dos figuras, al menos en tales casos, es impresionante.

Yo diría aún más: si cupiese a la doctrina estadounidense examinar la función desempeñada por nuestro Ministerio Público en su papel de “fiscal de la ley” ciertamente sería clasificado como “*amicus curiae* público o gubernamental” en oposición a lo que allá se denomina de “*amicus curiae privado*”<sup>26</sup>. Y ciertamente llamarían la atención las hipótesis antes enumeradas en las letras “a” a “e”, considerando las finalidades de intervención previstas en cada una de aquellas disposiciones legales.

Respecto a las variadas intervenciones de terceros que conocemos, su distinción con el *amicus curiae* descansa más, y por más paradójico que pueda parecer, en el derecho *material* que en el derecho *procesal*.

Sí, porque el *interés jurídico* que justifica la intervención de un asistente (simple o litisconsorcial) es un interés *propio*, verdaderamente *egoísta*. El asistente interviene para defender un interés propio. Y si destacamos la circunstancia de que actúa en pro de una de las partes y en detrimento de la otra, lo que lo lleva a hacerlo es *su* propio derecho, aunque el derecho dependa de la existencia de otro derecho ante otro sujeto<sup>27</sup>. Él, el asistente, no es altruista, más bien todo lo contrario<sup>28</sup>. Si lo

<sup>26</sup> Sobre esta clasificación en la doctrina estadounidense, ver: SCARPINELLA BUENO, *Op. cit.* pp. 471-476.

<sup>27</sup> Cuestión interesante, además, es la que distingue la “asistencia *simple*” de la “asistencia *litisconsorcial*” en la intensidad del derecho discutido en juicio entre las partes. Cuando la influencia es indirecta (mediata), la hipótesis es de “asistencia *simple*”. Cuando la influencia es directa (inmediata), la hipótesis es de “asistencia *litisconsorcial*”. Me detuve en esta demostración en otro trabajo, que envió al interesado: *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, pp. 164-167. De forma más resumida, puede consultarse mi *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum (ordinário e sumário)*, vol. 2, tomo I. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 521-522.

<sup>28</sup> Raciocinio similar desarrolla KÖHLER (*Amicus curiae: amigos del tribunal. Op. cit.*, p. 236) en relación con el derecho argentino, distinguiendo el *interés* del *amicus curiae* del interés

fuese ciertamente no tendría legitimidad para intervenir en el proceso. No al menos desde la perspectiva del “Derecho Procesal Civil *individual*”.

Idéntica orientación cabe para las demás modalidades de intervención de tercero clasificadas como tales por el CPC. Es la situación de derecho material propia que justifica, en todos los casos, la intervención. El tercero interviene para la tutela de derecho propio aunque, y que esto quede bien claro, la tutela de *su* derecho dependa de la tutela del derecho *ajeno*. Incluso en tales casos se trata, sin embargo, de derechos *proprios subjetivados*.

La conclusión es igual para las modalidades de intervención de terceros *dispersas* en el CPC que mencioné anteriormente: recurso de tercero perjudicado, los “embargos de terceiro” y las intervenciones durante la ejecución (adjudicación por tercero, concurso de acreedores, notificación de acreedores con garantía de derecho real y así sucesivamente).

Es el momento de exponer dos conclusiones. La primera: la comparación del *custos legis* y del *amicus curiae* es la única que permite una mayor reflexión. El desafío que se nos propone, no obstante, es que no confundamos la *función* del *custos legis* con la función que debe desempeñar el Ministerio Público. Aún menos en carácter de *exclusividad*. Lo que quiero decir con la afirmación es que para que la comparación rinda frutos, debemos dejar de entender que el Ministerio Público es el único órgano que puede ser *custos legis*; cualquier entidad pública puede desempeñar aquel papel para la tutela de intereses que justifiquen su intervención en situaciones similares.

A mí me parece muy claro que el *mismo* papel tradicionalmente reservado para el Ministerio Público para actuar en la calidad de *custos legis* puede (y debe) ser desempeñado (pasar a ser desempeñado) por otros entes con la misma vocación altruista del Ministerio Público. Es en este contexto que la intervención de la CVM, del INPI, del CADE e, incluso, de la OAB en los términos de las disposiciones legales destacadas merece ser reexaminada o, me atrevo a afirmar, *reconstruida*. La intervención de las propias personas de derecho público en los términos del art. 5° de la ley 9.469/1997 no puede ser descartada para ese mismo fin, aunque sea relevante distinguir, en tales casos, los denominados “intereses públicos *primarios*” de los “intereses públicos *secundarios*”<sup>29</sup>.

No se trata de privar de nada al Ministerio Público y, mucho menos, de disminuir dicha institución. Se trata, por el contrario, de reconocer que hay valores

---

que justifica la “intervención voluntaria y adhesiva” de aquel derecho. “Esa situación en nada se asemeja a la del *amicus curiae*, quien además, según la legislación vigente, solo interviene en causas donde a priori existe un interés público, o al menos general, y siempre ajeno, mientras que el tercero, al incorporarse al proceso, en adelante sostendrá una posición en defensa de un interés propio.”

<sup>29</sup> Para esa discusión, ver: por todos, BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 32-33.

diversos y dispersos en la sociedad civil organizada y en el Estado brasileño –cuyo modelo es Democrático de Derecho– y que hay más de un *legítimo portador* de tales valores, incluso para el ambiente jurisdiccional. En verdad, hay otros actores sociales y gubernamentales que deben actuar al lado del Ministerio Público y sin perjuicio de su propia actuación. Es la interpretación que más se acerca al “modelo constitucional del Derecho Procesal Civil”. Es la solución que, no coincidentemente, guarda armonía con la llamada “legitimación *concurrente y disyuntiva*”, típica de nuestro “derecho procesal *colectivo*”<sup>30</sup>.

La segunda conclusión: la *calidad* del interés que justifica la intervención del *amicus curiae* es totalmente diferente de aquella que justifica todas y cualesquiera modalidades de intervención de terceros que nuestro Derecho Procesal Civil conoce. El *amicus curiae* es (y tiene que serlo) altruista. Es lo que basta para extremar la razón de su intervención con la del asistente y demás intervinientes en los moldes tradicionales.

La diferencia generalmente descuidada por nuestra doctrina entre “intereses” y “derechos” puede (y debe) ser mejor examinada a este propósito<sup>31</sup>. Aceptando lo que hasta aquí expuse, el *amicus curiae* aparece como portador de verdaderos *intereses* y no de *derechos* propiamente dichos. Justamente porque él, el *amicus curiae*, no defiende, por definición, un derecho suyo, una situación jurídica propia suya, que él propio pueda usufructuar directamente. La afirmación parece bastante acertada en el análisis de la doctrina estadounidense que entiende que la intervención del *amicus curiae* se justifica para suplir, de alguna manera, un problema de subrepresentación de intereses que pueden ser afectados con la decisión a ser tomada.

En ese sentido, el *interés* del *amicus curiae* no es (ni puede ser) un “interés *jurídico*” en el sentido que conocemos para las intervenciones de terceros en general, principalmente en los casos de asistencia. Pero tampoco es (o puede no serlo) suficiente para ser un “interés *colectivo*” porque, si fuera así, el *amicus curiae* promovería por sí mismo la acción colectiva. Sólo que, si así fuera, él sería *autor* y no un *tercero* que pretende intervenir. Esta es la razón por la cual propongo que comprendamos el *interés* que autoriza la intervención del *amicus curiae* de manera distinta, como “interés *institucional*”, que se localiza en un término medio entre el “interés *jurídico*” y el “interés *colectivo*”<sup>32</sup>. Por eso la referencia que hice hace poco sobre el interés del *amicus curiae* de representar un punto de contacto entre el

<sup>30</sup> Legitimación concurrente y disyuntiva porque cualesquiera de los co-legitimados puede tomar la iniciativa de demandar en juicio independientemente de la concordancia o conocimiento de los demás. Para el asunto, MANCUSO, *Ação civil pública*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 117-120.

<sup>31</sup> Para formulaciones recientes de esa distinción en la doctrina extranjera, ver: GOZAINI, *La legitimación en el proceso civil. La legitimación en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1996. pp. 217-255.

<sup>32</sup> Para esa demostración, ver: SCARPINELLA BUENO. *Op. cit.* pp. 412-467.



“derecho procesal individual” y el “derecho procesal colectivo”. No se trata, evidentemente, de querer inventar rótulos o expresiones para sobreponerse a otras. No hay ningún ánimo de inventar modismos o neologismos. Se trata, antes y mucho más profundamente, de dar nuevos nombres a realidades jurídicas totalmente nuevas. La propuesta quiere, por eso mismo, ser lo más científica posible.

En suma, lo que caracteriza la intervención del *amicus curiae* como un “interés institucional”, *cualitativamente* distinto del “interés jurídico”, típico de las modalidades tradicionales de intervención de terceros del Derecho Procesal Civil brasileño. Y, confirmando lo que ya subrayé, la enorme distinción entre una y otra clase de intereses reside en el plano *material* y no en el *procesal*<sup>33</sup>. Por esto, además, la aproximación con el “derecho procesal colectivo” se muestra tan relevante y tan importante. El *contexto* de análisis de las instituciones procesales en el ámbito del “derecho procesal colectivo” es más adecuado para el estudio del *amicus curiae*. Por lo menos para la construcción de la figura en el derecho brasileño.

Al llegar a este punto resta una última pregunta por responder: ¿es posible *generalizar* la institución más allá de las previsiones normativas ya destacadas?

La respuesta solo puede ser positiva. La intervención del *amicus curiae*, bien entendida su razón de ser, deriva directa e inmediatamente del “principio de la contradicción” debidamente comprendido y reconstruido a partir del “modelo constitucional del Derecho Procesal Civil”, teniendo en cuenta, como no puede dejar de ser, los valores intrínsecos del modelo de Estado brasileño, Democrático y de Derecho.

Aceptada la respuesta, surge el problema de saber *quién* puede pretender ser *amicus curiae*. Particularmente, no tengo dudas de prestar legitimidad para esa modalidad de intervención a todos aquellos que tienen legitimidad para presentar en juicio “acciones colectivas”. Pero no es solo eso. Si son representantes adecuados de “intereses colectivos”, con mayor razón lo son para tutelar “intereses institucionales”. Todo aquel, persona jurídica o natural, que demuestre que es un *adecuado portador de intereses institucionales* puede pretender su intervención en calidad de *amicus curiae*. Así, por ejemplo, un profesor, en función del respeto académico que tiene en la academia y en su área de actuación; un jurista; una Organización No Gubernamental y una entidad gubernamental no prevista en las previsiones normativas destacadas, incluso en el ámbito de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios. Lo que es necesario para admitir la intervención es que aquel que pretende intervenir demuestre ser un adecuado portador de intereses institucionales “fuera” del plano procesal y demuestre la importancia de que

<sup>33</sup> Incluso porque, desde el punto de vista *procesal*, no hay nada de errado, me parece que muy por el contrario, en que adoptemos, mientras no haya una ley propia para regular la intervención del *amicus curiae*, la disciplina que el propio CPC reserva para el asistente para aquella misma finalidad. Para esa discusión, ver: SCARPINELLA BUENO. *Op. cit.* pp. 482-485.

aquellos mismos intereses interfieran, en alguna medida, en lo que se propone para discusión ante el Estado-juez.

Una medida importante para valorizar el “interés *institucional*” es la *imparcialidad* del *amicus curiae*. Vale la pena subrayar que la hipótesis es de *imparcialidad y no de neutralidad*. Quien debe ser neutro es el magistrado y apenas él. El *amicus curiae* debe ser imparcial en el sentido de que el proceso no lo afecta directamente, no afecta su *derecho*. Es evidente que el *amicus curiae* pretende que se tutele el interés (institucional) que justifica su intervención. No hay como desconsiderar esa realidad y aún menos negar que la intervención se dé justamente ante la existencia, que puede ser más o menos discreta, de este interés. Lo que no puede haber es un *derecho suyo*, del propio *amicus curiae*, en el proceso en curso. Si lo hubiera, la hipótesis es de intervención de tercero en las modalidades tradicionales y, dependiendo de la intensidad del *derecho*, de que el interviniente pretendiera su ingreso en juicio como *parte*. La imparcialidad debe ser comprendida así, y sin recelo de emplear un neologismo ni la tautología, como *institucionalidad*.

La doctrina estadounidense es bastante fecunda respecto al tema y propone la distinción de los “*amici curiae* públicos (gubernamentales)” de los “*amici curiae* privados”. En estos, el grado de neutralidad debe ser identificado de una forma; en aquellos, de otra. Es también una medida que debe emplearse para evaluar la existencia de esta imparcialidad la circunstancia de que el *amicus curiae* sea “invitado” a intervenir o tomar la iniciativa de hacerlo<sup>34</sup>. No hay nada que impida que adoptemos medidas de control de representación adecuada similar a aquellas.

## 5. REFLEXIONES FINALES

El *amicus curiae*, tal como ha sido *vivenciado* en la práctica forense cotidiana del Derecho Procesal Civil brasileño, en especial en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad, tiene muy poco de lo que se describe en sus orígenes del derecho inglés o del derecho estadounidense.

Dos son, o han sido, las funciones que el *amicus curiae* ha desempeñado entre nosotros: la primera es la de suministrar subsidios para la interpretación valorativa (*conscientemente* valorativa) del derecho. La segunda es la de fomentar el debate exhaustivo de los argumentos favorables y desfavorables de una determinada tesis jurídica en aquellos casos en que, con o sin efectos vinculantes, se generan precedentes. La *calidad* del precedente depende de varios aspectos, pero también –y en

<sup>34</sup> Es bastante útil, a propósito, clasificar la intervención del *amicus curiae* en “provocada” o “espontánea”, a ejemplo de lo que una parte de la doctrina propone para las modalidades tradicionales de intervención de terceros. Con respecto al asunto, colacionando la decisiva contribución al tema de Athos Gusmão Carneiro, ver: SCARPINELLA BUENO, *Op. cit.* pp. 476-479.

primer plano—, de su adecuada, necesaria y exhaustiva fundamentación y de su capacidad de eliminar problemas pretéritos y futuros<sup>35</sup>.

El *amicus curiae* ya ha demostrado ser un importante agente procesal en el desempeño de tales tareas. Él hace las veces de un “representante” de toda una masa de *intereses* dispersos en la sociedad civil y en el propio Estado ante el Poder Judicial. Por lo tanto, típica forma de manifestación en un Estado Democrático de Derecho.

En ese sentido, el *amicus curiae* se presenta como un verdadero interlocutor hermenéutico, en el sentido de permitir el innegable diálogo que debe existir en la *construcción* de la norma jurídica a partir de su *texto*.

Tanto más importante es la conclusión anterior en la medida en que se constata que nuestras leyes mal son aprobadas por el Congreso Nacional y sancionadas por el (la) Presidente de la República cuando ya son cuestionadas, respecto a su constitucionalidad, ante el Supremo Tribunal Federal. El mismo raciocinio es pertinente para los instrumentos legislativos anteriores a la Constitución de 1988 teniendo en cuenta la finalidad que ha sido reconocida a los argumentos de incumplimiento del precepto fundamental. El Supremo Tribunal Federal, en ese contexto, ha sido insistentemente procurado para declarar de qué manera, en qué sentido o en qué extensión el *texto* normativo anterior a la Constitución actual fue recibido por ella y, de acuerdo con sus normas, debe ser *interpretado* para ser *aplicado*.

No carece de razón, por lo tanto, entender que hay un nítido desplazamiento del debate político de los Poderes Legislativo y Ejecutivo hacia el Poder Judicial. En lo que se refiere al presente ensayo, el *amicus curiae* tiene condiciones de realizar, ante el Estado-juez, la misma representación que, directa e indirectamente, se hace ante el Estado-legislador y el Estado-administración. El mismo *lobby*, evidentemente en el sentido correctamente contextualizado, lícito y ético de la palabra, que es deseable que se haga ante el Legislador y el Administrador Público se realiza (y pasa a realizarse) ante el Poder Judicial<sup>36</sup>. Los mismos grupos

<sup>35</sup> .Al respecto, sugerí en una de las reuniones de las que participé en la Cámara de los Diputados con relación al proyecto de nuevo Código de Proceso Civil que se insiriese una regla que exigiera que todos los argumentos favorables y desfavorables a determinada tesis fueran expresamente enfrentados para fines de fijación del precedente. Es lo que consta en el art. 994, § 3º, del actual Informe General elaborado por la Cámara de los Diputados, para el “incidente de resolución de demandas repetitivas”, que tiene la siguiente redacción: “La fundamentación de la sentencia contendrá el análisis de todos los fundamentos suscitados, favorables o contrarios a la tesis jurídica discutida.”

<sup>36</sup> La comparación es conocida por parte de la doctrina estadounidense como dejo en evidencia en mi *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. *Op. cit.* pp. 585-587. También BISCH, *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*. *Op. cit.* pp. 141-147, se dedican al estudio del tema desde esta perspectiva.

de presión que actúan ante aquellos Poderes pasan a actuar y a querer hacerlo ante el Judicial. La intervención del *amicus curiae* permite y hace posible el ejercicio de esa legítima presión política. Ella tiene la propiedad de *canalizar* la discusión de los intereses contrapuestos y que existen dispersos en la sociedad civil y en el propio Estado.

Y si es cierto que las intervenciones del *amicus curiae* se acumulan en el Supremo Tribunal Federal y su intervención encontró un lugar perfecto para realizarse adecuadamente en las audiencias públicas, cuya designación se prevé expresamente en el art. 9º de la ley 9.868/1999<sup>37</sup>, que regula la “acción directa de inconstitucionalidad” y la “acción declaratoria de constitucionalidad”<sup>38</sup>, sus posibilidades no se agotan en dichos casos. Todo el Poder Judicial, desde su primera instancia, actualmente es llamado a interpretar *valorativamente* la norma jurídica. Basta recordar los diversos casos en que se convoca al Poder Judicial para controlar políticas públicas o para interferir en contratos de masa. En su totalidad, desde la primera instancia, genera precedentes que quieren, en alguna medida, influir sobre casos futuros. Hay que recordar el art. 285-A del CPC y la actuación admitida del Relator en el ámbito de los Tribunales, por ejemplo, por el art. 557 del CPC. Eso sin hablar del control *incidental* de constitucionalidad, de la identificación de repercusión general en el recurso extraordinario y de los “recursos especiales *repetitivos*”. En ese sentido, la evolución ya experimentada por el Derecho Procesal Civil brasileño, impone la admisión del *amicus curiae* como agente de *legitimación* de tales decisiones jurisdiccionales.

<sup>37</sup> “Art. 9º. Una vez vencidos los plazos del artículo anterior, el relator emitirá el informe, con copia para todos los Ministros, y pedirá el día para el juzgamiento. § 1º. En caso de necesidad de aclaración de una materia o circunstancia de hecho o de notoria insuficiencia de las informaciones existentes en los autos, el relator podrá solicitar informaciones adicionales, designar perito o comisión de peritos para que emita parecer sobre la cuestión, o fijar una fecha para, en audiencia pública, oír declaraciones de personas con experiencia y autoridad en la materia. § 2º. El relator también podrá solicitar informaciones a los Tribunales Superiores, a los Tribunales federales y a los Tribunales estatales acerca de la aplicación de la norma impugnada en el ámbito de su jurisdicción. § 3º. Las informaciones, pericias y audiencias a que se refieren los párrafos anteriores se realizarán en el plazo de treinta días, contado desde la solicitud del relator.”

<sup>38</sup> Los ejemplos son variadísimos y todos, sin excepción, muy pertinentes. Basta, para fines ilustrativos, recordar el tema del aborto de los fetos anencéfalos, de la investigación de células tronco y de la importación de neumáticos usados. En todos estos casos, hubo diversas intervenciones del *amicus curiae* y en todos ellos se realizaron audiencias públicas con representantes bien definidos de los intereses contrapuestos en discusión. La más reciente de ellas, de iniciativa del Ministro Luiz Fux, fue la audiencia pública designada en acciones directas de inconstitucionalidad dirigidas para cuestionar disposiciones de la ley 12.485/2011 que reglamenta la comunicación audiovisual de acceso condicionado (ADIs 4.679, 4.747 y 4.756), oportunidad en que fueron escuchados treinta especialistas en el mercado de televisión por cable.

El proyecto del nuevo CPC generaliza la admisión del *amicus curiae* en todos los niveles de actuación del Poder Judicial, presentando una disciplina muy completa de la institución que permitirá la consecución de sus fines, razón única de ser de su intervención<sup>39</sup>. Incluso sin ninguna innovación legislativa y, más que eso, antes de ella (es hacia esa demostración que se dirige mi trabajo expuesto a lo largo de todo este ensayo), no se puede perder de vista que el *amicus curiae* ya es una realidad en el Derecho Procesal Civil brasileño<sup>40</sup>.

De esta forma, el *amicus curiae* permite un diálogo constante (e indispensable) entre la sociedad civil, el Estado y el Poder Judicial. El juez tiene que oír a la sociedad civil y a los demás sectores del Estado para decidir correctamente la norma jurídica hoy promulgada, incluso por causa de su predisposición a fijar precedentes. Tal vez deba oír a la sociedad civil y a diversas partes del Estado para tener no solo el mayor *conocimiento* (en el sentido *técnico* de la palabra), sino para tener más *comodidad* (en el sentido *común* del término) para decidir. Para, en suma, *interpretar* debida y legítimamente la norma jurídica<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> El texto aprobado en el Senado Federal es el siguiente: “Art. 322. El juez o el relator, considerando la relevancia de la materia, la especificidad del tema objeto de la demanda o la repercusión social de la controversia, podrá, de oficio o a petición de las partes, solicitar o admitir la manifestación de una persona natural o jurídica, órgano o entidad especializada, con representatividad adecuada, en el plazo de quince días desde su notificación. Párrafo único. La intervención de que trata el *caput* no representa alteración de competencia, ni autoriza la interposición de recursos.” En el Informe general a ser presentado y votado en la Cámara de los Diputados, el texto propuesto es el siguiente: “Art. 138. El juez o el relator, considerando la relevancia de la materia, la especificidad del tema objeto de la demanda o la repercusión social de la controversia, podrá, por decisión inapelable, de oficio o a solicitud de las partes o de quien pretenda manifestarse, solicitar o admitir la manifestación de persona natural o jurídica, órgano o entidad especializada, con representatividad adecuada, en el plazo de quince días desde su notificación. § 1°. La intervención de que trata el *caput* no implica alteración de competencia, ni autoriza la interposición de recursos. § 2°. Corresponderá al juez o al relator, en la decisión que solicite o admita la intervención de que trata este artículo, definir los poderes del *amicus curiae*. § 3°. El *amicus curiae* puede recurrir de la decisión que juzgue el incidente de resolución de demandas repetitivas.”

<sup>40</sup> Lo que es positivo de los textos propuestos –y el mérito de su proposición se encuentra desde el Anteproyecto elaborado por la Comisión de Juristas presidida por el Ministro Luiz Fux y relatada por la Profesora Teresa Arruda Alvim Wambier– es que su aprobación eliminará la incredulidad de los más escépticos respecto a que el *amicus curiae* es una realidad para nosotros, aunque esté fuera y lejos de las normativas ya existentes. Una vez aprobado el nuevo CPC, incluso aquellos que no entienden que sea bastante comprender que las directrices y estructuras fundamentales del Derecho Procesal Civil provienen directamente de la Constitución Federal, no tendrán otra alternativa sino admitir la posibilidad de la intervención del *amicus curiae*.

<sup>41</sup> “Si cualquier texto es susceptible de una lectura ideológica, que le da sentido real, si se pueden atribuir intenciones semánticas a quien lo creó, la tarea interpretativa debe ir al encuentro de esas prácticas históricas y reales, recuperando el sentido ideológico del texto, para revelar en él lo que está encubierto, descubrir en dónde se sitúan social e históricamente aquellos que hablan por la ley, para descubrir en fin a quién está destinada a servir y revelar el *proceso de*

El resultado de esas intervenciones y de su innegable (e impostergable) generalización es el mejor funcionamiento del sistema jurídico (y no solamente del judicial) como un todo. Es buscar mayor seguridad y previsibilidad jurídicas, consecuentemente, una mayor *efectividad del derecho*. Debemos subrayar que no se trata de efectividad del *proceso*. La expresión, bien pensada, está equivocada (y siempre lo estuvo), está fuera de contexto (y siempre lo estuvo), a pesar de estar consagrada en nuestra doctrina y en la extranjera. La efectividad es (y sólo puede serlo), en la perspectiva que realmente interesa, del derecho *material*. Los atributos y cualidades del proceso son de orden diversa. El *amicus curiae* es, indudablemente, un instrumento de la efectividad del *derecho* orgánica y sistemáticamente pensado y, en esa medida, es instrumento de la *eficiencia* procesal. Lo que se quiere no es la celeridad pura y simplemente, la celeridad como fin en sí misma considerada; sino la *calidad* de la prestación de la tutela jurisdiccional; no un tiempo mínimo, quizás irreal, de resolución de los conflictos.

Esta es la forma de entender y aplicar el *amicus curiae*, en el actual estadio del Derecho Procesal Civil brasileño. No hay por qué descuidarla y no hay por qué querer un proceso más rápido, pura y simplemente, sin la necesaria *calidad* de la decisión judicial— ¿siempre e invariablemente un *precedente*? —que la participación del *amicus curiae* en los más variados procesos, en todos los grados de jurisdicción, puede hacer posible. Esta es la *calidad* que tiene la propiedad de imponer más adecuadamente los dictámenes del *derecho material* ante la sociedad civil y el propio Estado, estimulando su *previsibilidad* y la seguridad *jurídica*.

Para concluir esta breve exposición —desarrollada teniendo al derecho brasileño como telón de fondo—, formulo una invitación a los eminentes colegas colombianos para dialogar respecto a la posibilidad de recepción del *amicus curiae* y a la utilidad del uso de la institución en su propio derecho.

## REFERENCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

*BLACK'S LAW DICTIONARY*.

BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

---

*la vida* que le da sentido, rompiendo con la alienación. Sólo así se logrará la emancipación política del ser humano, destinatario de todas las leyes, en su proceso de desarrollo y de dignificación de la vida natural, integrante de un mundo plural, diverso y biodiverso.” (CASTANHO DE CARVALHO, “Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não jurídicas do ato de julgar”. En: *Decisão judicial: a cultura brasileira na transição para a democrática*. Madrid/São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 119-120).

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. “Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não jurídicas do ato de julgar”. En: *Decisão judicial: a cultura brasileira na transição para a democrática*. Madrid/São Paulo: Marcial Pons, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”. En: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Traducido por J. Baptista Machado. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOZAINI, Osvaldo A. *La legitimación en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1996.

KÖHLER, Ricardo Carlos. *Amicus curiae: amigos del tribunal*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. “Amicus curiae e a evolução do direito processual civil brasileiro”. Pendiente de publicación por parte de la Editora Revista dos Tribunais, de São Paulo.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, vol. 1. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum (ordinário e sumário)*, vol. 2, tomo I. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

## Jurisprudencia

BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. *Constituição da República Federativa do Brasil (5 de octubre de 1988)*. En: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 5.010 (30 de mayo de 1966). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960#content). Consultado el 10 de abril de 2013.



BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 5.869 (11 de enero de 1973) – Código de Proceso Civil. En: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 6.385 (7 de diciembre de 1976). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 6.825 (22 de septiembre de 1980). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1980-a-1960#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 8.906 (4 de julio de 1994). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1994#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1994#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 9.279 (14 de mayo de 1996). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1996#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1996#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 9.469 (10 de julio de 1997). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1997#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1997#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 9.868 (10 de noviembre de 1999). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1999#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/1999#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 10.259 (12 de julio de 2001). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2001#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2001#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 11.417 (19 de diciembre de 2006). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2006#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2006#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 11.418 (19 de diciembre de 2006). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2006#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2006#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 11.672 (8 de mayo de 2008). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2008#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2008#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 12.153 (22 de diciembre de 2009). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2009#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2009#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 12.485 (12 de septiembre de 2011). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2011-leis-ordinarias#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2011-leis-ordinarias#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ley 12.529 (30 de noviembre de 2011). En: [www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2011-leis-ordinarias#content](http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2011-leis-ordinarias#content). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL, CONGRESSO NACIONAL. Proyecto del nuevo CPC. En: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/quadrocomparativo.pdf> e en [www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Medida Provisoria 1.561-6 (12 de junio de 1997). En: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Antigas/1561-6.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/1561-6.htm). Consultado el 10 de abril de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno, ADI 4.679, 4.747 y 4.756. Ministro Luiz Fux. En: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232854](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232854). Consultado el 11 de abril de 2013.