

U.

347.914.1

A Assistência no Código de Processo Civil.

Moacyr Lobo da Costa

(Docente Livre de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

1. Contra a tendência descentralizadora da Constituição Republicana de 1891 que, orientada por exagerado espírito federativo, delegara aos Estados a competência para legislar sobre o processo civil e comercial, a Constituição promulgada em 16 de julho de 1934 restabeleceu a unidade do direito processual, consagrando a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 5, n.º XIX letra a).

A unificação do direito processual, de há muito preconizada por eminentes juristas pátrios¹ como instrumento de integração nacional, foi proposta à Assembléia Constituinte pelo próprio Governo Provisório, no Projeto de Constituição enviado em novembro de 1933, o chamado Projeto Itamaraty (art. 33, n.º 9).

No art. 11, das Disposições Provisórias, foi estabelecido que o Governo, uma vez promulgada a Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Côrte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Côrtes de Apelação dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar, dentro em três meses, um projeto de Código de Processo Civil e

1. JOÃO MONTEIRO, *Unidade do Direito*, S. Paulo 1900; CLOVIS BEVILAQUA, *Unidade do Direito Processual*, Rio de Janeiro 1905; ARTUR RIBEIRO, *Exposição de Motivos do Projeto de Código do Processo Civil e Comercial*, Imprensa Nacional, 1935, p. VIII.

Comercial e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.

No § 2.º desse artigo ficou previsto que, enquanto não forem decretados êsses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, o Govêrno nomeou os Ministros Artur Ribeiro e Carvalho Mourão e o advogado Levi Carneiro para a Comissão encarregada de elaborar o Projeto de Código do Processo Civil e Comercial da República.

Em dezembro de 1934, a 12.ª Sub-Comissão Legislativa, integrada por Antonio Pereira Braga e Philadelpho Azevedo, tendo em vista a nomeação dessa Comissão especial para elaborar o Código Nacional do Processo, nos têrmos da unificação determinada pela Constituição recém-promulgada, concluiu e encerrou seus trabalhos de elaboração da Parte Geral do Anteprojeto do Código do Processo Civil e Comercial para o Distrito Federal e para a Justiça Federal, de que estava incumbida. No Anteprojeto da 12.ª Sub-Comissão, a assistência é regulada nos artigos 55 a 61, no capítulo IV, Título V, do Livro II².

2. Art. 55: — “O terceiro que alegar interêsse em defender o seu direito juntamente com o do autor ou o do réu, em relação à coisa pedida e à causa de pedir, poderá intervir na ação, em qualquer tempo e instância, para auxiliar alguma das partes.”

Parágrafo único. — “O assistente recebe a lide no estado em que a encontra e fica sujeito aos têrmos e prazos que ao assistido competirem.”

Art. 56. — “Salvo quando a intervenção do assistente fôr determinada por lei (arts. 365, 967 e 1.272 do Código Civil), poderá qualquer das partes impugná-la, desde logo e sem suspensão da causa, por inexistência do interêsse alegado, decidindo o juiz imediatamente e de plano.”

Art. 57 — “O assistente pode alegar, produzir provas, e arrazoar, ainda que o assistido seja revel, e dar andamento à execução no caso do art. 1.498 do Código Civil.”

Parágrafo único. — “Não poderá entretanto:

I, excepcionar, ainda que seja pessoa Jurídica de direito público interno e tenha fôro privilegiado;

A Comissão especial distribuiu entre seus membros as várias partes do Código, segundo o plano traçado, incumbindo a cada relator a redação parcial do Projeto.

Ao doutor Levi Carneiro coube redigir, entre outras, a Parte Geral do Código, em cujo Livro Primeiro, Título V, o capítulo IV trata da assistência, a que são dedicados os artigos 44 a 49.³

II, reconvir, quando assistente do réu, contra o autor ou litisconsorte, coligado, e assistente dêste, nem, quando assistente do autor, contra os do réu;

III, recorrer, salvo quando também o fizer o assistido, ou quando êste fôr revel, e quando assistir na primeira instância como terceiro prejudicado;

IV, ampliar, restringir, ou alterar o objeto do litígio, nem formular pedido nôvo.”

Art. 58. — “A prova feita depois da intervenção do assistente valerá contra ou a favor dêle em qualquer processo que mover a alguma das partes ou que estas lhes moverem, na forma do art 316.”

Art. 59. — “Os atos dos assistentes nenhum efeito produzirão quando contradisserem ou prejudicarem o assistido.”

Art. 60. — “O assistido pode livremente confessar, transigir, renunciar e desistir, salvo ao assistente obviar algum conluio ou fraude que o prejudique.”

Art. 61. — “Nenhum efeito direto produzirá a sentença a favor ou em prejuízo do assistente, salvo quanto às custas que lhe competirem.”

3. Art. 44. — “Quem tiver interêsse jurídico em que a decisão de causa pendente entre outras pessoas, seja favorável a uma destas, poderá intervir no processo como seu assistente, antes de proferida sentença final de primeira instância.”

Parágrafo único. — “O assistente receberá a lide no estado em que a encontrar e ficará sujeito aos têrmos e prazos que ao assistido competirem.”

Art. 45. — “Pode qualquer das partes impugnar, desde logo, e sem suspensão da causa, a admissão do assistente, mostrando a inexistência do interêsse alegado, decidindo o juiz imediatamente e de plano.”

Art. 46. — “O assistente pode alegar, produzir provas, e arrazoar, ainda que o assistido seja revel, e dar andamento ao feito nos casos em que a lei o permita expressamente ou por interêsse reconhecido pelo Juiz.”

Parágrafo único. — “Não poderá, entretanto:

Do confronto entre os dispositivos do Anteprojeto da 12.^a Sub-Comissão e do Projeto Levi Carneiro, verifica-se ter êste último seguido, em linhas gerais e com pequenas modificações, a mesma orientação daquele, de que reproduz os princípios e até mesmo, em alguns artigos, a redação. A divergência principal entre os dois Projetos reside na maneira de conceituar o interêsse do terceiro ad-adjuvandum para autorizar sua intervenção no processo como assistente de uma das partes. Enquanto, no Anteprojeto da 12.^a Sub-Comissão é permitida a intervenção *ad-adjuvandum* do terceiro que “alegar interêsse em defender o seu direito juntamente com o do autor ou o do réu”, de acôrdo com o princípio tradicional herdado do Reg. 737, art. 123, seguido por grande número dos Códigos estaduais, no Projeto Levi Carneiro o direito de intervir é concedido a “quem tiver interêsse jurídico em que a decisão da causa seja favorável a uma das partes”, na esteira dos Códigos da Bahia e de Minas.

I, excepcionar, ainda que pessoa jurídica de Direito Público interno e com fôro privilegiado, salvo a União Federal;

II, reconvir, quando assistente do réu, contra o autor ou litisconsorte, coligado, e assistente dêste; nem quando assistente do autor, contra os do réu;

III, ampliar, restringir, ou alterar o objeto do litígio;

IV, recorrer, salvo:

a) quando também o fizer o assistido;

b) quando êste fôr revel;

c) quando assistir na primeira instância como terceiro prejudicado;

d) quando se tratar do despacho sôbre a admissão de assistência.”

Art. 47. — “Os atos dos assistentes nenhum efeito produzirão quando contradisserem ou prejudicarem o assistido.”

Art. 48. — “O assistido pode, livremente, confessar, transigir, renunciar, e desistir, salvo ao assistente obviar conluio ou fraude que o prejudique.”

Art. 49. — “O assistente não será condenado, a não ser em custas, nem absolvido, e em caso algum ficará inibido de formular seu pedido diretamente, em processo competente.”

Era a velha questão que dividia os doutrinadores e os legisladores estaduais, a partir do Reg. 737: o assistente intervém para defender direito próprio, ou para defender o direito de uma das partes em cuja vitória tem interesse?

Doutrinariamente o Projeto Levi Carneiro é que estava certo. Aquêlê que intervém no processo para defender direito próprio, conjuntamente com uma das partes, não é um simples assistente, é litisconsorte.

No mais, em matéria de assistência ambos os Projetos permaneciam fiéis ao sistema tradicional brasileiro. Mantinham a doutrina e os princípios esposados pelos Códigos estaduais que, à exceção do Bahiano, provinham do Regulamento 737.

A Comissão concluiu os trabalhos em novembro de 1935, submetendo ao Ministro da Justiça, prof. Vicente Ráo, os três Projetos parciais, que os mandou publicar pela Imprensa Nacional em 1936.

Encaminhado ao Congresso Nacional, com Mensagem do Presidente da República, o Projeto do Código do Processo Civil e Comercial ficou sepultado nas gavetas da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, em decorrência do golpe de 10 de novembro de 1937, que revogou a Constituição de 1934 e dissolveu o Congresso.

2. A carta constitucional outorgada em 10 de novembro de 1937 manteve a unidade processual, reservando para a União, no art. 16 n.º XVI, a competência privativa para legislar sôbre direito processual.

O Ministro da Justiça, prof. Francisco Campos, nomeou uma comissão de juristas, constituída dos Desembargadores Edgard Costa, Álvaro Berford e Goulart de Oliveira, da Côrte de Apelação do Distrito Federal, e dos advogados Álvaro Mendes Pimentel, Múcio Continentino e Pedro Batista Martins, para organizar novo projeto de Código de Processo Civil.

Ante as divergências surgidas no seio da comissão, quanto à orientação a ser dada ao projeto, Pedro Batista

Martins apresentou ao Ministro um trabalho pessoal, de sua lavra exclusiva, sob a forma de projeto preliminar de Código.

Aceito pelo Ministro, foi publicado como Anteprojeto, no Diário Oficial, de 4 de fevereiro de 1939, para receber sugestões.

Cêrca de quatro mil sugestões, resultantes da ampla discussão a que foi submetido por advogados, juizes, institutos e associações, foram enviadas ao Ministério da Justiça e minuciosamente examinadas, muitas das quais incluídas entre as emendas sofridas pelo Anteprojeto, como declarou o Ministro.⁴

No trabalho de revisão do Anteprojeto, a que se dedicou pessoalmente, o Ministro Francisco Campos foi auxiliado por Guilherme Estellita, magistrado e processualista, e pelo professor Abgar Renault na sua redação final.

Aprovado o texto, foi promulgado como Código de Processo Civil pelo Decreto-Lei n.º 1608, de 18 de setembro de 1939, publicado no Diário Oficial de 13 de outubro de 1939, para entrar em vigor no dia 1.º de fevereiro de 1940 — art. 1052 — data essa prorrogada para 1.º de março, do mesmo ano, pelo Decreto Lei n.º 1965, de 16 de janeiro de 1940.

3. O Projeto preliminar, publicado para receber sugestões, dispunha sôbre a assistência nos arts. 101 a 106.

101 — Poderá intervir no processo, como assistente do autor ou do réu, todo aquêlê que, desde logo, provar interesse jurídico na questão controvertida em juízo.

102 — A intervenção do assistente poderá ocorrer em qualquer fase do processo, salvo na execução da sentença.

103 — O assistente receberá a causa no estado em que se achar, devendo alegar o seu direito nos mesmos termos e com a mesma amplitude que competem à parte assistida.

4. FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos* do Projeto do Código de Processo Civil aprovado pelo Dec.-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939.

104 — A intervenção do assistente não limitará o direito das partes que, livremente, poderão desistir da ação, confessar ou transigir,

105 — Qualquer das partes poderá impugnar, motivadamente, a admissão do assistente.

Parágrafo único: — Apresentada a impugnação, o juiz decidirá o incidente em 48 horas.

106 — O assistente não poderá ser condenado, nem absolvido, não ficando, em caso algum, inibido de formular o seu pedido, diretamente, em ação própria.

Parágrafo único: — Si, porém, pela natureza da relação jurídica controvertida ou por disposição de lei, a sentença tiver de influir na relação jurídica existente entre o assistente e a parte contrária à assistida, o assistente será considerado litisconsorte, regulando-se, neste caso, a sua posição no processo pelos artigos 86 a 91.

Com exceção do artigo 101 e do parágrafo único do art. 106, os demais dispositivos não discrepavam do sistema tradicional.

No art. 101 é exigido do terceiro que *prove*, desde logo, seu interesse jurídico na questão controvertida em juízo, para ser admitida sua intervenção como assistente do autor ou do réu.

É manifesta a impropriedade. Quem *provar* interesse jurídico *na questão controvertida* em juízo deve ingressar no processo como litisconsorte e não como assistente.

Para intervir como assistente o terceiro deve ter interesse jurídico *na vitória* de uma das partes, o que é muito diferente.

O parágrafo único do art. 106 constituiu louvável iniciativa de generalizar o princípio dos Códigos Alemão e Austríaco, referente à intervenção qualificada ou litisconsorcial, que o Código da Bahia consagrou no art. 22.

Em crítica severa e, às vêzes, acêrba ao Projeto, o advogado Alvaro Mendes Pimentel, que integrava a Comissão nomeada pelo Ministro Francisco Campos, combateu frontalmente esse dispositivo, a seu ver “exdruzulamente encai-

xado no projeto”, como tentativa de introdução no nosso direito da intervenção adesiva litisconsorcial do direito alemão, “figura esta completamente desconhecida do nosso ordenamento jurídico, e fruto exclusivo das subtilezas da doutrina germânica, mas que dentro da própria Alemanha é repudiada por autoridades do maior vulto”.⁵

Esqueceu-se o crítico, lamentavelmente, do Código Bahiano elaborado pelo insigne Eduardo Espinola...

O senhor J. A. Carvalho e Melo, em artigo publicado na “Gazeta de Notícias” do Rio de Janeiro, de 6 de abril de 1939, sustentou opinião contrária: “Eu suprimiria o princípio dêste art. 106, porque somente se refere à situação do assistente propriamente dito, isto é, daquele que apenas acompanha, sem liberdade de ação, os movimentos do assistido. Aí está mais um argumento que reforça de muito a minha opinião, que é pelo desaparecimento, no processo, dessa figura que nada exprime. Basta ter em vista que êle poderá formular diretamente, em ação própria, o seu pedido, depois de haver desempenhado a sua função para que se conclua que nada fêz. Quanto ao parágrafo único, eu o conservaria, transformando-o em disposição autônoma. Aí está, quasi literalmente, o art. 22 do Cod. do Proc. do Est. da Bahia”.⁶

O senhor Pedro Batista Martins aceitou essa crítica, mas não se limitou a eliminar o artigo, foi além, suprimindo todos os demais artigos sobre a assistência. Quanto ao parágrafo único do art. 106 do Projeto, em que estava corretamente definida a intervenção qualificada, alterou por completo sua redação, transformando-o no artigo 93 do Código, que é o único dispositivo a respeito da assistência.⁷

5. ÁLVARO MENDES PIMENTEL, *Observações sobre o Projeto de Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro 1939, p. 45.

6. *Apud* PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. Rev. Forense, Rio de Janeiro 1940, v. I, p. 290.

7. Cf. LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, ed. de 1959, Rio de Janeiro, v. I, p. 430.

O art. 93 do Código dispõe: “Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, êste poderá intervir como assistente, equiparado ao litisconsorte.”

4. São conhecidas as críticas feitas por autorizados autores à maneira infeliz como o Código regulou a assistência.

Em primeiro lugar, o defeito de técnica legislativa quanto à ubicação do instituto.

A assistência, mesmo a qualificada ou litisconsorcial, é considerada, sempre, como figura de intervenção de terceiro no processo.

No Código, o único artigo que dispõe sobre a assistência está colocado no capítulo do litisconsórcio, o que mereceu censura dos doutrinadores.⁸ Porque, como acentuou o prof. PEDRO PALMEIRA, não ha equiparação legal que tenha a fôrça de transformar o terceiro interveniente em litisconsorte da parte assistida.

Consoante entendimento, anteriormente manifestado,⁹ a equiparação ao litisconsorte, na assistência litisconsorcial — única admitida no processo civil brasileiro — é efeito da intervenção, com a finalidade de atribuir ao terceiro interveniente a posição processual do litisconsorte, com a mesma possibilidade de atuação assegurada àquele. O litisconsórcio restrito à atividade processual decorre da intervenção como consequência, mas não a antecede como causa.

8. Cf. E. T. LIEBMAN, *Notas às Instituições de Direito Processual Civil*, de CHIOVENDA, trad. J. G. Menegale, S. Paulo 1943, II, p. 328 nota; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, ed. 1959, v. I, n.º 498, p. 428; PEDRO PALMEIRA, *Da intervenção de terceiro nos principais sistemas legislativos*, Recife 1954, p. 109; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, S. Paulo 1962, v. 2.º, p. 45; JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES, *Assistência*, em *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. 4, p. 347, n.º 16.

9. MOACYR LOBO DA COSTA, *A Intervenção “iussu iudicis” no processo civil brasileiro*, S. Paulo 1961, pp. 123, 125.

Não é como litisconsorte da parte que o terceiro intervé no processo, quando a relação jurídica existente entre êle e ela puder vir a sofrer os efeitos reflexos da sentença, mas, como assistente, e, nessa qualidade, a lei o equipara ao litisconsorte, apenas, para o fim de lhe conceder autonomia no direito de promover os atos do processo, que é reconhecida aos litisconsortes pelo art. 92.

O dispositivo que regula a assistência litisconsorcial está colocado no capítulo do litisconsórcio, mas, nem por isso a assistência perderá a sua natureza de figura típica de intervenção de terceiro, para se transformar em espécie de litisconsórcio.

Depois, com aquela sua feição acentuadamente *concisa e abreviada*, a descambar no *lacônico*, que lhe notou JOSÉ ALBERTO DOS REIS,¹⁰ o Código contém um único dispositivo sôbre a assistência, êsse art. 93, que LOPES DA COSTA¹¹ chama de “artiguinho, mal redigido”.

A parcimônia do Código, nesse particular, tem sido, também, justamente criticada.¹²

Em virtude de sua defeituosa redação, a norma do artigo 93 suscitou profunda divergência entre os intérpretes, quanto à sua compreensão.

Entendem uns, acompanhando a interpretação de PEDRO BAPTISTA MARTINS, que o texto legal restringiu o conceito jurídico da assistência, só admitindo a assistência qualificada ou litisconsorcial.¹³

10. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Brasileiro*, artigo de apreciação em *Revista Forense*, v. 88, p. 288.

11. LOPES DA COSTA, *op. cit.*, *loc. cit.*.

12. Cf. LOPES DA COSTA, *op. cit.*, *loc. cit.*; MOACYR AMARAL SANTOS, *op. cit.*, *loc. cit.*; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, 4.^a ed., S. Paulo 1954, v. I, p. 320; JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES, *op. cit.*, *loc. cit.*.

13. PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, ed. Rev. Forense 1940, v. 1.^o, p. 291; PEDRO PALMEIRA, *op. cit.*, pp. 95 e 109; GABRIEL DE REZENDE FILHO, *op. cit.*, v. I p. 319; GUILHERME ESTELLITA, *Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro*, Rio 1955, p. 225; JOÃO BONUMÁ, *Direito Processual Civil*, S. Paulo 1946, v. 1.^o p. 561;

Outros sustentam que o art. 93 “baralhou as duas espécies de assistência”¹⁴ “encabulhando” a intervenção adesiva simples e a intervenção adesiva qualificada,¹⁵ por “ter o legislador pátrio adotado conceito próprio de assistência”,¹⁶ pelo que, a conclusão inelutável, no dizer de LOPES DA COSTA,¹⁷ é a de que “o Código admitiu as duas espécies, sem embargo da informação do autor do Projeto de haver querido suprimir uma delas”, ou, como ensina o prof. MOACYR AMARAL SANTOS,¹⁸ o Código, em suma, “criou um único tipo de assistência, abrangente das assistências *simples* e *qualificada*, mas sempre *adesiva*, “ad adiuvandum”, equiparando o assistente ao litisconsorte facultativo”.

Não poderia ser maior a heresia do legislador quanto à sistematização do instituto, ao tratar de cambulhada, num único artigo, mal redigido, duas espécies distintas, baralhando-as, como se fôsem uma só e mesma coisa.

O tipo único de assistência, abrangente das assistências simples e qualificada, que o Código criou, segundo o prof. MOACYR AMARAL SANTOS, por ter o legislador pátrio adotado critério próprio de assistência, no dizer do prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES, é, a nosso ver, um tipo teratológico. Não é, doutrinariamente, nem assistência simples, nem assistência qualificada ou litisconsorcial, e, como é óbvio, não pode ser simultaneamente as duas.

E. T. LIEBMAN, *op. cit.*, p. 327 nota; CARVALHO SANTOS, *Código de Proc. Civil Interpretado*, v. 1.º p. 381; MOACYR LOBO DA COSTA, *op. cit.*, p. 123; ELIÉZER ROSA, *Dicionário de Processo Civil*, Rio 1957, verb. *Assistência na Execução*, p. 121.

14. LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, ed. 1948, v. III, p. 283.

15. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, 2.ª ed. 1958, tomo II, p. 135.

16. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio 1958, v. II, p. 282.

17. LOPES DA COSTA, *op. cit.*, ed. 1959, v. I p. 432.

18. MOACYR AMARAL SANTOS, *op. cit.*, v. 2.º p. 51.

Não é assistência simples porque, nesta, o assistente, por ter, apenas, interêsse próprio na vitória do assistido, não é equiparado ao litisconsorte, isto é, não goza de autonomia no poder de atuação no processo. Sua atividade processual é a de um auxiliar da parte. E o Código, no art. 93, equipara o assistente ao litisconsorte, o que basta para afastar a assistência simples. A equiparação do assistente simples ao litisconsorte, no dizer de LOPES DA COSTA “é um escandaloso absurdo, que grita contra o próprio bom senso”

Não é assistência qualificada, porque o traço específico, que a doutrina revelou e o ZPO alemão consagrou no § 69, para caracterizar êsse tipo de intervenção de terceiro no processo, é a existência de relação jurídica entre o interveniente e a parte contrária; relação essa que, segundo os preceitos do direito material, irá ser regulada pela sentença proferida na causa, *com fôrça de coisa julgada*. Por êsse motivo, o interveniente é equiparado ao litisconsorte, para o efeito de poder promover, com autonomia, os atos do processo. É, porém, equiparação restrita à atividade processual. O interveniente assume a posição processual de litisconsorte, mas não adquire essa qualidade, isto é, não se torna parte, na acepção jurídica do termo.

O Código de Processo Civil da Bahia, com rigorosa fidelidade a essa doutrina, perfilhou o princípio, dispondo no art. 22: “Se, pela natureza da relação jurídica ajuizada ou por disposição de lei, a sentença proferida na causa é *diretamente* eficaz para a relação jurídica entre o assistente e o *adversário da parte assistida*, a posição daquele é a de um litisconsorte”.

O dispositivo é de inspiração germânica (ZPO, alemão § 69 e ZPO austríaco § 20), como esclareceu o seu autor EDUARDO ESPINOLA.¹⁹

O art. 93 do Código vigente, porém, esposou um princípio diferente, de duvidosa originalidade, inteiramente desconhecido da doutrina.

19. Cf. EDUARDO ESPINOLA, *Cod. de Proc. do Est. da Bahia Anotado*, 1916, v. I., p. 336, nota 33.

Para o saudoso professor GABRIEL DE REZENDE FILHO,²⁰ “o nosso legislador foi buscar a figura da assistência litisconsorcial no § 69 do Código alemão”. PEDRO BATISTA MARTINS²¹ indica, no direito comparado, o § 20 do ZPO da Austria, do teôr seguinte: “Se, per la natura del rapporto giuridico controverso o per disposizione di legge, la sentenza emanata in una causa é giuridicamente efficace anche per ciò che riguarda il rapporto giuridico dell’interveniente verso l’avversario della parte principale, la posizione dell’interveniente é quella di un litisconsorte”.

Na realidade, contudo, o texto do art. 93 é adaptação deturpada do princípio consagrado no Código alemão e reproduzido pelos Códigos austríaco e húngaro e, entre nós, pelo da Bahia.

Segundo o disposto no art. 93, o que justifica a intervenção do terceiro no processo, como assistente, é a existência de uma relação jurídica entre o terceiro e *qualquer das partes*, quando a sentença, a ser proferida na ação entre as partes, *houver de influir* nessa relação.

O que legitima a intervenção adesiva de terceiro no processo, e lhe atribui a posição processual de litisconsorte, no sistema do Código alemão, é a existência de relação jurídica entre o terceiro e o *adversário* da parte assistida, e, principalmente, que essa relação, segundo os preceitos do direito material, venha a ser regulada pela sentença, a ser proferida na ação, *com força de coisa julgada*.

No direito alemão, em caso algum, na intervenção qualificada, a relação jurídica do interveniente pode ser com a parte principal a que adere; necessariamente, tem de ser relação jurídica entre o interveniente adesivo e o *adversário* da parte principal.

Quando o terceiro tem, apenas, interêsse jurídico na vitória de uma das partes, pode ingressar no processo como interveniente adesivo. Sua intervenção, porém, é conside-

20. GABRIEL DE REZENDE FILHO, *op. cit.* v. I p. 319.

21. PEDRO BATISTA MARTINS, *op. cit.*, v. I, p. 290.

rada simples (§ 66), e, nêsse caso, o interveniente adesivo não assume a posição processual de litisconsorte, bem como, seu interêsse jurídico não será definido diretamente pela sentença, mas, sofrerá os efeitos do julgado, que irão se projetar sôbre a sua relação com a parte a que aderiu (§ 68).

Outra discrepância fundamental com a fonte do dispositivo, reside no efeito da sentença sôbre a relação jurídica do terceiro assistente, como foi estabelecido no malsinado art. 93.

Enquanto, no Código alemão, essa relação, segundo os preceitos do direito material, deverá ser regulada pela sentença, *com fôrça de coisa julgada*, e, por êsse motivo, é concedida ao terceiro interveniente absoluta autonomia de atuação no processo, o art. 93 se apega a uma fórmula imprecisa, de conteúdo variável, “quando a sentença houver de influir”. . . Como observa PONTES DE MIRANDA,²² o legislador não atendeu a que “influir” não tem conteúdo absoluto, ha influências de diferentes graus.

Em face de tais e tantas incongruências, talvez que assista razão, mesmo, ao professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, quando assevera “ter o legislador pátrio adotado conceito próprio de assistência”. Próprio dêle legislador, mas manifestamente impróprio ante a doutrina e o direito positivo alemão e austríaco, em que pretende ter-se inspirado.

22. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, tomo II, p. 135.