VOL. 251 ANO 71 FASCÍCULOS 865 - 866 - 867

JULHO — AGOSTO — SETEMBRO DE 1975

REVISTA FORENSE

PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOUTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

Fundadores

MENDES PIMENTEL e ESTÊVÃO PINTO

★

DIRETORES

ALIOMAR BALEEIRO — BILAC PINTO — J. DE MAGALHÃES PINTO — JOSÉ MONTEIRO DE CASTRO — JOSÉ DE ALMEIDA PAIVA — FRANCISCO BILAC MOREIRA PINTO

★

REDATOR-CHEFE

CARLOS MEDEIROS SILVA

? R. Forense v. 251/jul.-set. 1975

★

REDATORES-SECRETÁRIOS

A. PEREIRA PINTO e JOSÉ DE AGUIAR DIAS

★

COLABORADORES

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA — ORLANDO GOMES — JOSÉ FREDERICO MARQUES — JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA — A. GONÇALVES DE OLIVEIRA — E. D. MONIZ DE ARAGÃO — VICTOR NUNES LEAL — ALFREDO BUZAID — MOACYR AMARAL SANTOS — CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO — LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE — JOSÉ CRETELLA JÚNIOR — ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA — L. C. DE MIRANDA LIMA — JOÃO DE OLIVEIRA FILHO — GUILHERME MACHADO — PAULO J. DA SILVA PINTO — OTTO DE ANDRADE GIL — THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS — JOÃO JOSÉ DE QUEIROZ — ELMANO CRUZ — ALCIDES DE MENDONÇA LIMA — FLORIANO AGUIAR DIAS — PIRES CHAVES — WALTER AQUINO — PEDRO DE ANDRADE GOMES — OSIRIS D'ANUNCIAÇÃO BORGES DE MEDEIROS

★

REDAÇÃO

AVENIDA ERASMO BRAGA, 299 — Esplanada do Castelo
Caixa Postal 269 — Fone 242-9573
RIO DE JANEIRO — BRASIL

A assistência no novo Código de Processo Civil

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Professor de Processo Civil na Universidade do Distrito Federal, procurador da República em Brasília

SUMÁRIO: *Introdução — Parte e terceiro — Síntese histórica — Código de Processo alemão — Direito anterior — Código de Processo de 1939 — Código em vigor — Espécies de assistência — Quando tem lugar — Posição processual do assistente — Âmbito de atuação — Conclusão.*

Introdução: A assistência inclui-se ao lado da oposição, dos embargos de terceiro, do recurso do terceiro prejudicado e do concurso de credores, dentre as figuras de intervenção voluntária de terceiro na demanda entre as partes, previstas no Código em vigor.

Impõe-se, por imperativo metodológico, que, inicialmente, se estabeleça o conceito de "parte" e "terceiro".

A nosso ver, partes são as pessoas que podem, ou contra as quais, ou em face das quais, é pedida, em nome próprio, a tutela jurisdicional do Estado.

Essa definição aproxima-se da de SCHÖNKE ("Derecho Procesal Civil", p. 85), incluindo-se já a observação de CHIOVENDA no sentido de que nem sempre as ações são propostas contra alguém ("Instituições de Direito Processual Civil", 2.º vol., n. 234). Muitas vezes o são em face de alguém. É o que se dá nas ações constitutivas. Nesse caso, a sentença modifica, define ou extingue a situação jurídica das duas partes, vez que, em face da natureza das coisas, a alteração há de operar para todos. É o que ocorre nas ações de casamento, nas demarcatórias etc.

A definição anteriormente dada abrange o conceito de parte em sentido formal e parte em sentido material.

Como se sabe, nem sempre as partes da relação jurídica de direito material deduzida em juízo se confundem com as partes em sentido processual (é o caso do marido na defesa dos bens dotais de sua mulher). Outras vezes sequer há que se indagar da existência de partes em sentido material, como se verifica nos casos em que nenhuma relação jurídica de direito material é deduzida em juízo (ação rescisória fundada na incompetência absoluta do juiz prolator do julgado rescindendo). E, finalmente, há hipóteses em que se pede a declaração de inexistência de relação jurídica de direito material (ação declaratória da inexistência da relação jurídica de direito tributário, por exemplo). Neste caso, acolhida a ação, não se há de falar em parte em sentido material.

Ao conceito de "terceiro" chega-se por exclusão. Em princípio, quem não é parte é terceiro. Ou nas precisas palavras de MOACYR AMARAL SANTOS ("Primeiras Linhas", 2.º vol., p. 24):

"Terceiros são pessoas estranhas à relação jurídica de direito material deduzida em juízo e estranhas à relação processual já constituída, mas que, sujeitos de uma relação jurídica de direito material que àquela se liga intimamente, intervêm no processo sobre a mesma relação, a fim de defender interesse próprio."

Cumpre lembrar que eminentes processualistas, com ponderáveis argumentos, vêm propondo uma revisão do conceito de parte, como o notável BARBOSA MOREIRA em seu trabalho intitulado "Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária" ("Direito Processual Civil", ps. 58-72).

Sustenta-se que parte seria toda pessoa legitimada para participar do contraditório, legitimação essa que se diz ordinária quando "coincide com a situação deduzida em juízo" e, em caso contrário, extraordinária.

Sob esse enfoque, seria de incluir-se a assistência dentre as figuras de legitimação extraordinária.

No entanto, conforme observa aquele eminente processualista, "não é comum na doutrina brasileira a construção da figura da assistência como forma de legitimação extraordinária".

Em razão disso, preferimos, para fins expositivos, manter-nos fiéis à antiga corrente doutrinária. Ao analisarmos a posição processual do assistente, iremos, no momento próprio, realçar, como exceção, os casos particulares de difícil enquadramento em face da orientação adotada.

Com essas observações, passemos a examinar, sinteticamente, em seu perfil histórico, o instituto da intervenção de terceiros, especificamente o da assistência, para, a final, nos determos no seu exame em face do Código de Processo Civil de 1939 e do atual.

Síntese histórica: Vigorou no direito romano o princípio da "singularidade do juízo", segundo o qual a este se vinculavam somente as partes. Conseqüência é que apenas as partes eram abrangidas pela *res judicata*. É a regra constante do Digesto (Dig. 42, 163), explicitada, com clareza, nas Ordenações Filipinas (Liv. III, Título 81), que reza "a sen-

tença não aproveita, nem empece mais que às pessoas, entre que é dada"; e no art. 472 do C. Pr. Civil vigente: "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros".

A intervenção de terceiros na demanda entre as partes era admitida somente em duas hipóteses: o terceiro podia apelar da sentença, desde que provasse a ocorrência de interesse e justa causa, e suscitar a *controversia pignoris capit*, na penhora, quando esta recaía sobre bens do terceiro e não do executado. Essa controvérsia — lembra BUZAID — seria o embrião dos embargos de terceiros ("Estudos de Direito", p. 275).

De outra parte, prevalecia no direito germânico a regra da "universalidade do juízo", eis que o processo se desenvolvia entre as partes litigantes, mas na presença da assembléia do povo. Em razão disso, a decisão proferida produzia coisa julgada contra todos os integrantes da comunidade.

Foi, porém, no direito alemão medieval que surgiram as várias espécies de intervenção de terceiros, visando a armar os interessados de meios eficazes para atacar a autoridade da coisa julgada.

A figura da assistência não se acha bem diferenciada no processo romano, começando a destacar-se, em seus exatos contornos, no direito intermédio (LOPES DA COSTA).

Dentre as modernas codificações, o Código de Processo Civil francês de 1806 e o Código de Processo Civil italiano de 1865 não regularam a intervenção de terceiros de forma sistemática.

O primeiro Código que sistematizou os princípios relativos à intervenção de terceiros foi o alemão, de 30 de janeiro de 1877, chamado Z.P.O. (Zivilprocessordnung).

Foi a lei adjetiva alemã que serviu de fonte ao nosso Código de Processo Civil de 1939, ao Código de Processo Civil português de 1939 e ao Código de Processo Civil italiano de 1940, sendo o mais completo dos três, conforme salienta o eminente Professor PEDRO PALMEIRA, o português.

É fora de dúvida que também o vigente Código de Processo Civil brasileiro encontra seus fundamentos naquele importante monumento jurídico.

Código de Processo alemão: A assistência corresponde à segunda figura de intervenção de terceiros do Código alemão, que identifica duas espécies da mesma: a assistência simples, prevista no § 66, e a qualificada, autônoma ou litisconsorcial, mencionada no § 69. Estas formas de assistência são as que, hoje, estão referidas nos arts. 50 e 54 do Código em vigor.

Cabe salientar, porém, que o primeiro Código no Brasil que disciplinou a assistência na consonância do direito alemão foi o Código de Processo Civil do Estado da Bahia, elaborado pelo notável EDUARDO ESPÍNOLA, que dispunha sobre a matéria nos seus arts. 17 e 22, definindo a assistência simples no art. 17 e a litisconsorcial no art. 22.

Fazemos esse registro em homenagem ao douto jurista que há cerca de seis décadas conseguiu, de maneira cristalina, codificar o instituto tal qual, com pequenas alterações, consta do Código em vigor:

O Código alemão assim define a assistência simples:

"Quem, em uma causa entre outros pendentes, tem interesse jurídico que vença uma das partes pode intervir para assisti-la.

A assistência pode verificar-se em qualquer estado de causa, até a sentença passada em julgado; mesmo na interposição de um recurso."

Esta é a definição da assistência litisconsorcial da lei alemã:

"Toda vez que, segundo o direito civil, a sentença proferida na ação fizer coisa julgada para as relações jurídicas entre o adversário do assistido e o assistente, este, para efeito do art. 61, considera-se como litisconsorte da parte a que assiste."

Dispõe o art. 61 que os atos praticados pelos litisconsortes não aproveitam nem prejudicam aos outros.

Em síntese, a finalidade da assistência simples não é fazer valer um direito incompatível com o das partes (porque, se isso ocorresse, estaríamos diante da oposição, também chamada intervenção principal), mas auxiliar uma das partes por cuja vitória tenha interesse jurídico o interveniente. Distingue da assistência litisconsorcial em razão de ter esta por objetivo a defesa de um direito próprio e não de um interesse jurídico (PEDRO PALMEIRA).

Direito anterior: Antes de passarmos ao exame minucioso do Código em vigor, façamos breve referência ao direito anterior, a fim de que se possa perceber as alterações introduzidas pela nova lei adjetiva.

As Ordenações Filipinas deixaram à doutrina a construção do instituto.

Limitavam-se a dispor no Livro III, Título XX, n. 31:

"E vindo alguma parte assistir o autor ou réu, será obrigada a tomar o feito nos termos em que estiver, sem ser ouvida acerca do que já foi processado, posto que o pretenda ser por via de restituição ou por qualquer modo.

E se a assistência for depois de ser dada a sentença na maior alçada, poderá o assistente, por via de restituição ou por outro modo jurídico, alegar contra a dita sentença o que lhe parecer, acerca do prejuízo que ela lhe faz, sem o principal contra quem se deu a sentença ser mais ouvido como parte, nem se tratar de seu interesse."

Daí a doutrina, segundo MELLO FREIRE, ter definido a assistência como a intervenção de terceiro que vem a juízo defender "um direito próprio conjuntamente com o direito do autor ou réu" (LOPES DA COSTA).

Essa definição é a que veio constar do art. 123 do Reg. n. 737, de 1850:

"Assistente é aquele que intervém no processo para defender o seu direito juntamente com o do autor ou réu."

Resulta manifesta a deficiência desse conceito, eis que o assistente, em regra, não defende direito próprio, mas direito do assistido. Quem defende direito juntamente com o do autor ou réu é litisconsorte e não assistente. Tal definição seria própria para assistente litisconsorcial (LOPES DA COSTA).

Sobrevindo a Constituição de 1891 e o regime de dualidade processual, dentre os vários Códigos de Processo estaduais, o que melhor regulou a figura da assistência, conforme assinalado, foi o baiano.

Voltando, no regime da Constituição de 1934, ao sistema da unidade processual, foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939, que se limitou a dedicar à assistência um único artigo, incluído no capítulo relativo aos litisconsortes. Trata-se do art. 93, *in verbis*:

"Quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro, este poderá intervir no processo como assistente, equiparado ao litisconsorte."

Código de Processo Civil de 1939: Qual teria sido a espécie de assistência pelo Código de Processo Civil de 1939: a simples ou a litisconsorcial? Ou nenhuma das duas?

Jamais a doutrina chegou a um acordo.

Uma corrente, chefiada pelo autor do anteprojeto do Código, o eminente PEDRO BAPTISTA MARTINS, acompanhado por GABRIEL REZENDE e LIEBMAN, sustentava que o Código teria adotado a assistência litisconsorcial do tipo alemão. Eis as palavras de BAPTISTA MARTINS, constantes dos seus Comentários ao art. 93:

"O texto restringiu o conceito jurídico da assistência, limitando-a aos casos em que a sentença haja de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro. Só nestes casos poderá admitir-se a intervenção voluntária. O assistente ficará então equiparado ao litisconsorte e será parte na causa, podendo recorrer, produzir provas e usar de todos os meios de ataque ou de defesa que se reconhecem aos litigantes."

Outros autores sustentavam que teria ocorrido a ampliação da assistência litisconsorcial (PEDRO PALMEIRA, LOPES DA COSTA). Eis como se expressa PEDRO PALMEIRA ("Intervenção de Terceiros", ps. 112 e 113):

"O nosso Código, ao invés de seguir o exemplo do Código alemão, que manteve as duas espécies de assistência, preferiu eliminar a assistência simples e guardar silêncio quanto à intervenção litisconsorcial, expressamente prevista no Código português sob a denominação de intervenção principal, e já conhecida entre nós desde a citada L. F. n. 220, de 20 de novembro de 1894."

E continua:

"O conceito jurídico da nossa assistência qualificada difere um pouco da assistência qualificada do Código alemão, fonte do nosso, como já, antes, fora do Código de Processo da Bahia.

Enquanto pelo direito alemão a sentença deve fazer coisa julgada para as relações jurídicas entre o assistente e o adversário do assistido, como o era pelo Código baiano, pelo Código de Processo a sentença deve não só fazer coisa julgada, como também "influir" na relação jurídica entre o assistente e qualquer das partes, o que representa uma ampliação do conceito da assistência qualificada, desde que nela são incluídos casos que a doutrina classificava como assistência simples (LOPES DA COSTA, "Direito Processual Civil", vol. 3, p. 371)."

PONTES DE MIRANDA, acompanhado por FREDERICO MARQUES, entende que o preceito em questão teria abrangido os casos de assistência litisconsorcial (ampliado este conceito) e ainda os casos de assistência simples.

MOACYR AMARAL SANTOS ("Primeiras Linhas", vol. II, ps. 51-53), após observar que:

"Uma indagação mais atenta dos pareceres desses eminentes juristas fez ver que entre eles, entretanto, não há divergências fundamentais. De outro lado, dos mesmos pareceres se infere que todos se acham de acordo, sem o dizer expressamente, haver o art. 93 do C. Pr. Civil criado uma figura de assistência diversa dos tipos clássicos. Tal é também o nosso pensamento, que procuraremos esclarecer, examinando as idéias contidas naquele texto de lei."

Conclui:

"Em suma, o Código de Processo Civil criou um único tipo de assistência, abrangente das assistências "simples" e "qualificada, mas sempre adesiva" *ad adjuvandum*, equiparando o assistente ao "litisconsorte facultativo."

Conforme se pode ler no acórdão do colendo Supremo Tribunal Federal, proferido no C. J. n. 4.021 — GB (Tribunal Pleno), a jurisprudência jamais, tanto quanto a doutrina, chegou a entendimento sobre a extensão do instituto da assistência em face do Código anterior ("R.T.J.", 51/238).

Em síntese, pode-se concluir que o Código de 1939 baralhou as duas espécies de assistência (LOPES DA COSTA).

Código de Processo Civil em vigor: *a) Espécies de assistência* — O Código em vigor, em tema de assistência, é muito superior ao anterior.

Quanto à colocação da matéria, porém, é passível de críticas, vez que inclui a assistência simples no capítulo relativo ao litisconsórcio, quando devera constar do capítulo atinente à intervenção de terceiros.

Distingue nitidamente a figura da assistência simples e da assistência litisconsorcial, como o haviam feito o Código alemão (§§ 66 e 69) e o Código baiano (arts. 17 e 22).

Sobre a assistência simples, assim dispõe (art. 50):

"Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la."

Conforme se vê, exige a lei interesse jurídico e não apenas interesse de fato.

Essa distinção é muito importante e já preocupara PEDRO BAPTISTA MARTINS, quando da elaboração do Código de 1939. São essas suas observações ("Comentários ao Código de Processo Civil", p. 337):

"A assistência, na doutrina, caracterizava-se pela intervenção voluntária de terceiro no processo para defender o seu direito juntamente com o do autor ou do réu. Para que a intervenção se legitimasse, exigiam as leis e a jurisprudência a prova do interesse. Qual fosse, porém, o interesse nunca se conseguiu definir, resultando da imprecisão um regime de ilimitada liberdade.

O Código reagiu contra as tendências individualistas das legislações anteriores, que transformaram o instituto da assistência em instrumento de conluio e da má-fé."

Exsurge o interesse jurídico toda vez que a decisão possa influir na posição jurídica do interveniente, melhorando-a ou piorando-a.

Assim, o "devedor do inventariado, por exemplo, pode ter algum interesse de fato em que, na demanda de nulidade de testamento, vença, por exemplo, o herdeiro testamentário, de quem espera o perdão da dívida. Sua situação jurídica, porém, não mudará, qualquer que seja o resultado do processo, pois que tanto lhe rende pagar A como B (LOPES DA COSTA, "Direito Processual Civil", vol. III, p. 365).

O mesmo se dá no tocante ao filho na ação patrimonial ajuizada contra o pai. Como não há herança de pessoa viva, o filho, quanto a ela, tem mera expectativa de direito e, em conseqüência, simples interesse de fato na solução da demanda, o que não justifica a sua intervenção como assistente.

Já o fiador tem interesse jurídico na vitória do afiançado, pois a derrota deste poderá ocasionar que seja demandado pelo pagamento da dívida (C. Civil, arts. 1.481 e 1.491).

O mesmo se dá com o sublocatário que tem interesse jurídico na vitória do locatário na ação de despejo que lhe foi proposta pelo locador. Com efeito, na consonância do artigo 1.203 do C. Civil, rescindida, ou finda, a locação, resolvem-se as sublocações.

Serve, ainda, de exemplo a intervenção do tabelião na ação de nulidade de escritura pública por ele lavrada. Julgada procedente a ação, poderá o notário ser responsabilizado civilmente.

De outra parte, ao tratar da assistência litisconsorcial, estabelece o Código (art. 54):

"Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido."

Ao contrário do Código de 1939, o texto não se refere a "quando a sentença houver de influir na relação jurídica entre qualquer das partes e terceiro", mas estatui: "toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido."

Portanto, impõe-se que se tenha cuidado ao se colher exemplo de assistência litisconsorcial dos autores que escreveram em face do Código anterior.

Casos havia de assistência litisconsorcial que, hoje, não mais o são.

PONTES DE MIRANDA exemplifica como sendo caso de assistência litisconsorcial o tabelião na ação de nulidade de escritura pública, por vício de forma ("Comentários ao Código em vigor", vol. I, tomo II, p. 661). Pedimos vênia para discordar do eminente mestre. A nosso ver, trata-se de caso de assistência simples, eis que não há nenhuma relação jurídica entre o tabelião e o adversário do assistido.

Exemplo típico de assistência litisconsorcial pode ser extraído do art. 42 do próprio C. Pr. Civil.

Diz o mencionado preceito que "a alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes", acrescentando que "o adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária". Acentua, porém, que o "adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente" e que "a sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário".

Na espécie, tendo havido transferência da relação jurídica de direito material deduzida em juízo, é claro que ocorre relação jurídica entre o adquirente ou cessionário interveniente e o adversário do assistido.

Serve, ainda, de exemplo a intervenção do legatário na ação de nulidade de testamento proposta pelo herdeiro contra o testamenteiro. Como se sabe, por força do art. 1.760 do C. Civil, compete ao testamenteiro propugnar pela validade do testamento. As relações jurídicas decorrentes do testamento atingem tanto o herdeiro como o legatário. Ocorre, pois, relação jurídica entre o legatário e o herdeiro por força do testamento. Declarado este nulo, rompe-se a relação jurídica entre o herdeiro e o legatário com a conseqüente exclusão deste do objeto do testamento.

Finalmente, apontamos o caso da intervenção da mulher na causa do marido relativa a seus bens dotais. Por força do art. 289, III, do C. Civil, compete ao marido "usar das ações judiciais a que os bens dotais derem lugar". Em tais condições, o marido funciona como substituto processual, isto é, defende direito alheio (direito da mulher) em nome próprio, sendo, pois, parte apenas em sentido processual. No entanto, a relação jurídica de direito material deduzida em juízo vincula a mulher e o adversário do seu marido. A sua intervenção, pois, é na qualidade de assistente litisconsorcial.

b) Quando tem lugar

A assistência tem lugar até a sentença transitar em julgado, podendo dar-se em qualquer grau de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se achar (Código alemão, § 66; Código mineiro, art. 238; C. Pr. Civil, art. 50, parág. único).

Diz o Código que a assistência se verifica em qualquer tipo de procedimento. A nosso ver, apenas no procedimento comum (ordinário e sumaríssimo) e no procedimento especial de jurisdição contenciosa. No procedimento especial de jurisdição voluntária, não há lide, nem processo, nem partes a serem assistidas. O que há são interessados, que não titulares de nenhum interesse em conflito.

c) Posição processual do assistente

No tocante à sua posição processual, o assistente simples figura como terceiro e o litisconsorcial como parte, ou melhor, como parte acessória. Se os arts. 53 e 54 falam em parte principal, é porque dilatam o conceito de parte (PONTES DE MIRANDA. "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo II, p. 64).

Por outro lado, o Código no seu art. 54 diz: "considera-se o litisconsorte da parte principal o assistente". Não afirma, como no Código anterior, que o assistente é "equiparado ao litisconsorte". Litisconsorte é parte, e não terceiro.

Conseqüência é que, embora em ambos os casos a sentença atinja os intervenientes, na hipótese da assistência litisconsorcial produz coisa julgada contra os mesmos (C. Pr. Civil, arts. 42, § 3.º; 54, 55 e 472).

É bem verdade que o art. 55 do Código não afirma que a sentença produz coisa julgada contra o assistente litisconsorcial. Limita-se a asseverar que os efeitos da sentença atingem o assistente (devendo-se entender: tanto o simples como o litisconsorcial).

A sua sujeição à coisa julgada, porém, decorre de preceito de direito material e fica condicionada à sua intervenção no processo. É o que se dá nos exemplos mencionados de assistência litisconsorcial.

No caso do marido na defesa dos bens dotais, por força do art. 289, III, do C. Civil, e do legatário, na ação de nulidade de testamento proposta pelo herdeiro contra o testamenteiro, em face do art. 1.760 do C. Civil.

O mesmo quanto ao adquirente ou cessionário, embora neste caso a matéria esteja regulada na lei processual (C. Pr. Civil, art. 42, § 3.º). De fato, constitui risco previsto de quem adquire coisa ou direito litigioso sujeitar-se aos efeitos da sentença definidora da lide e, em conseqüência, da coisa julgada dela decorrente, desde que intervenha no processo.

Desse entendimento resulta importante conseqüência de ordem prática: a sentença pode ser executada contra o assistente litisconsorcial, porque ele é parte, e não terceiro.

É claro que, nos casos citados, se o assistente não intervém, a sentença não será exeqüível contra ele. E porque não foi parte no processo, poderá opor-se através dos embargos de terceiro (C. Pr. Civil, art. 1.046). No entanto, se intervém, será parte, tanto no sentido processual como no sentido material, embora parte acessória, porque não dispõe do processo (C. Pr. Civil, art. 53). Em razão de ser parte acessória, nos casos de reconhecimento do pedido, desistência da ação, transação (C. Pr. Civil, art. 53) e, bem assim, na hipótese de renúncia do direito (C. Pr. Civil, art. 269, V), a coisa julgada não o atingirá.

Nesse ponto (sentença não valer como título executivo contra o assistente litisconsorcial), pedimos vênia para discordar do eminente processualista FREDERICO MARQUES ("Manual de Direito Processual Civil", vol. I, p. 270, fundado em MOACYR LOBO DA COSTA, "Assistência", p. 197). Aliás, aqui, cumpre advertir que LOBO DA COSTA na obra e página mencionadas está a referir-se ao assistente no direito português, que equivale ao nosso assistente simples.

Reconhecemos, no entanto, que a matéria é polêmica e, sem dúvida, dará ensejo a vivas controvérsias (LOBO DA COSTA, na sua conhecida monografia, referindo-se ao projeto BUZAID, sustenta que o assistente litisconsorcial seria parte apenas em sentido formal ("Assistência", p. 192).

As dificuldades seriam, a nosso ver, resolvidas se os arts. 54 e 55 fossem assim redigidos:

"Art. 54. Assume a posição de litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido."

"Art. 55. A sentença produz coisa julgada contra o assistente litisconsorcial, atingindo os seus efeitos ao assistente simples.

Parág. único. Não poderá o assistente, seja simples ou litisconsorcial, em processo posterior, discutir a justiça de decisão, salvo se alegar e provar que:

I — pelo estado em que recebeu o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II — desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu."

A alteração sugerida para o art. 54 visa a uniformizar a terminologia de acordo com a técnica do Código. Inspira-se no art. 74, que, ao tratar da denunciação da lide, estatui que "o denunciado, comparecendo, assumirá a "posição de litisconsorte do denunciante...".

Dificuldade se apresenta para determinar a posição processual do assistente revel. Diz o parág. único do art. 53 do Código que "sendo revel o assistido, o assistente será considerado seu gestor de negócios".

Esse parágrafo corresponde ao art. 338 do C. Pr. Civil português em vigor, *in verbis*: "se o assistido for revel o assistente será considerado como seu gestor de negócio".

Trata-se de posição peculiar, tanto que a lei portuguesa refere-se a "posição especial do assistente". A hipótese é típica de legitimação extraordinária.

Cabe acentuar que a lei adjetiva portuguesa vigente, tanto quanto o Código de Processo Civil português de 1939, acolheram apenas a assistência simples. Daí ter considerado o assistente, sendo revel o assistido, seu gestor de negócios, pois isso significa trans-

formá-lo em parte, permitindo-lhe recorrer quando entender necessário.

Mas há que entender-se: o gestor de negócios é substituto processual e, como tal, parte apenas em sentido formal. Em decorrência, a autoridade da coisa julgada não atingirá o assistente, vez que este não é parte em sentido material, ou seja, da relação jurídica de direito material deduzida em juízo, nem tem legitimação para defender direito material alheio em nome próprio, como o marido na defesa dos bens dotais de sua mulher. Essa conclusão se harmoniza com a assertiva de FREDERICO MARQUES, amparado em LOBO DA COSTA e JOSÉ ALBERTO DOS REIS, no sentido de que a equiparação a gestor de negócios, no caso, é restrita à esfera processual ("Manual de Direito Processual Civil", vol. I, p. 271). Figurando, pois, na condição de terceiro, fica apenas sujeito aos efeitos da sentença como ato jurídico, especialmente em tema probatório.

Já o assistente litisconsorcial revel não há de ser considerado gestor de negócios, eis que, sendo litisconsorte, é parte, podendo agir com independência, inclusive recorrer, se assim entender. Nesse caso, a sentença produzirá coisa julgada contra ele.

Saliente-se que se o assistido assumir a sua posição, deixando de ser revel, no caso do assistente simples, voltará ele à sua primitiva posição, cessando a sua gestão. O mesmo não acontecerá com o assistente qualificado, pois este, independentemente da revelia, era parte e parte continuará a sê-lo.

d) Ambito de atuação

Diz o art. 52 que o assistente sujeitar-se-á aos mesmos ônus que o assistido. Conseqüência é que ficará sujeito ao pagamento das custas, se o assistido ficar vencido, em proporção à atividade que houver exercido no processo (art. 32).

A atividade do assistente, mesmo do litisconsorcial, fica condicionada à existência do processo. Assim, cessará a sua intervenção se a parte principal reconhecer a procedência do pedido, desistir da ação ou transigir sobre direitos controvertidos (art. 53).

Em razão da sua posição secundária no processo, o assistente sofre restrições em sua atividade processual: não pode pedir, reconvir, nem alterar, ampliar ou restringir o objetivo da demanda.

O assistente simples não pode praticar atos que estejam em contradição com os da parte assistida: se esta renunciou a uma testemunha, não poderá insistir no seu depoimento (LOPES DA COSTA). É a regra constante do art. 337 do C. Pr. Civil português vigente:

"Os assistentes gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres que a parte assistida, mas a sua atividade está subordinada à da parte principal, não podendo praticar atos que esta tenha perdido o direito de praticar nem assumir atitude que esteja em oposição com a do assistido."

No caso do assistente litisconsorcial, a sua situação é de maior independência com relação ao assistido, podendo assim insistir no depoimento da testemunha. Sendo litisconsorte, é de ser-lhe aplicado o princípio da autonomia dos colitigantes (C. Pr. Civil, art. 48), com as restrições já aludidas (pedir, reconvir etc.) e, se for o caso, as relativas ao litisconsórcio unitário.

O assistente não pode depor como testemunha, porque tem interesse no litígio e, portanto, é suspeito (C. Pr. Civil, art. 405, § 3.º, IV).

O juiz da causa principal é também competente para as ações que respeitam aos terceiros intervenientes (C. Pr. Civil, art. 109), não podendo o assistente argüir, através de exceção, a sua suspeição ou incompetência.

Pode, no entanto, alegar a incompetência absoluta do juízo. É o que acontece nos casos de intervenção, como assistente, da União, autarquia ou empresa pública federal (Emenda Constitucional n. 1/69, art. 125, II).

Se a intervenção do assistente se dá objetivando a que a sentença seja favorável à parte assistida, não se há falar em assistência no processo de execução, porque neste não há sentença.

Se morrer o assistido, o assistente passa a assistir os seus sucessores.

No caso de reconhecimento do pedido, desistência, transação ou renúncia, o assistente, seja simples ou litisconsorcial, não pode apelar, porque não dispõe do processo. A sentença, porém, não o atingirá.

Se parte o assistente, pode prestar depoimento pessoal.

O procedimento para a admissão do assistente, nos dois casos, está contemplado no art. 51 e é muito simples: não havendo impugnação dentro de cinco dias, o pedido do assistente será deferido; se houver, serão autuadas, em apenso, a petição e a impugnação, produzidas as provas, se forem necessárias, decidindo o juiz, no prazo de cinco dias.

A decisão proferida pelo juiz, desde que haja impugnação, caracteriza-se como sentença, nos moldes do art. 162, § 1.º, sendo, como tal, apelável.

Essas eram as breves observações que queríamos levar ao conhecimento dos eminentes colegas sobre tema deveras complexo e que, sem dúvida, deverá dar ensejo a numerosas polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais.