

A INFLUÊNCIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL ALEMÃO EM PORTUGAL E NO BRASIL *

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

INTRODUÇÃO

1. Conforme bem se compreende, a história do direito, em Portugal e no Brasil, conheceu longa fase substancialmente comum. Essa comunidade, em certa medida, prolongou-se para além da separação: tornando-se independente em 1822, conservaria o Brasil, por tempo mais ou menos considerável, o ordenamento lusitano. Basta ver que só na segunda década deste século teria o país o seu próprio Código Civil; até então, subsistia basicamente o velho arcabouço das Ordenações do Reino, é certo que com numerosas modificações, introduzidas por uma legislação esporádica e assistemática.

Em matéria de processo, a evolução legislativa no restante do século XIX caminhou em ambos os países, como era de esperar, no sentido de codificações de estilo menos arcaico. O percurso, todavia, foi sinuoso e acidentado. Em Portugal, os primeiros marcos históricos importantes são a Nova Reforma Judiciária de 1837 e a Novíssima Reforma Judiciária de 1841, que vigorou, com alterações, até o advento do Cód-

* O texto reproduz, com pequenos acréscimos e ligeiras modificações, o de um relatório para o congresso da *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Verfahrensrechtsvergleichung und Schieds gerichtswesen* (Passau, 1989).

go de Processo Civil de 1876, seguido pelo Código de Processo Comercial de 1895. O Brasil teve cedo um Código de Processo Criminal (1832), ao passo que o processo comercial só viria a codificar-se em 1850, por meio do famoso Regulamento nº 737, mais tarde estendido, com algumas modificações, ao processo civil, já depois de proclamada a República (1890).

2. Trouxeram as leis supramencionadas, sem dúvida, inovações de certo alcance, mas, na maior parte, de ordem mais formal que substancial. As sucessivas reformas visavam geralmente, acima de tudo, a melhor sistematizar as normas e a simplificar o procedimento. Nenhuma denotou mudança radical de orientação na política legislativa. Poderia haver constituído um *turning point*, no Brasil, a *Disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil* (anexa ao Código do Processo Criminal de 1832), diploma avançado para a época, no qual já se consagravam, com décadas de antecipação, alguns dos princípios inspiradores das reformas processuais europeias do fim do século XIX e do princípio do nosso; a legislação subsequente, porém, não perseverou na mesma linha.

Afigura-se pouco promissora, com relação a esse período, a pesquisa de influências porventura exercidas por modelos legislativos estrangeiros, em geral, e alemães, em particular. O aparecimento da *Zivilprozessordnung* do Império Alemão, em 1877, não parece ter produzido qualquer repercussão imediata no direito português ou no brasileiro; outro tanto se pode dizer, aliás, da *Zivilprozessordnung* austríaca, de 1895.

Não se devem esperar resultados mais significativos, se a investigação tomar por objeto a doutrina — para não falar da jurisprudência. A ciência do direito processual, em Portugal e no Brasil, demorou a abrir-se a influxos externos — feita abstração daquele que constantemente exerceram, sobre a doutrina brasileira, os autores portugueses antigos. E, quando volveu a atenção para outros países, ela se deixou atrair com maior frequência, de início, pela doutrina italiana e francesa do século passado.

3. A situação viria a modificar-se de maneira sensível em tempos mais recentes. Sinais da influência alemã, esparsos embora, já se observam na legislação processual brasileira do começo do século XX (v., *infra*, parte I, nº 1), perduram no primeiro Código de Processo Civil nacional (1939) e ampliam-se no atual, de 1973. Menos perceptíveis são traços semelhantes nas sucessivas reformas portuguesas, pelo menos aos olhos de quem nelas procure inspiração vinda *diretamente* da Alemanha.

A ressalva é necessária por óbvia razão. A partir de certo momento, generalizam-se, no mundo processual europeu, anseios e propostas renovadoras, em boa medida uniformemente orientadas. Apregoam-se as vantagens da oralidade, reclama-se maior concentração no procedimento, quer-se do juiz participação mais ativa na direção do processo. Tal movimento, para o qual decerto muito contribuiu a ciência alemã, perde contudo caráter nacional. As idéias que ele prega vão-se difundindo, com maior ou menor rapidez, em Portugal e no Brasil, sem que seja possível identificar sempre com precisão a fonte inspiradora. Existe aí, sem sombra de dúvida, uma quota ponderável de influência alemã, exercida no entanto, as mais das vezes, de maneira indireta, e em combinação com outras.

4. Fenômeno análogo ocorre com a doutrina. Muitas construções teóricas feitas na Alemanha se divulgaram em Portugal e no Brasil, mas transmitidas a ambos por autores de outros países, sobretudo italianos. Ainda hoje, são relativamente pouco abundantes, na literatura portuguesa e na brasileira, as citações diretas de livros alemães, bem como o exame de teses neles diretamente colhidas. A maior parte das referências é de segunda mão.

Para isso concorre, antes de mais nada, a barreira lingüística. Os juristas de língua portuguesa, em regra, têm muito maior facilidade em ler espanhol, italiano, francês, do que alemão. Obras alemãs traduzidas para algum desses idiomas tornam-se acessíveis e são citadas com alguma frequência: assim as de KISCH, GOLDSCHMIDT, SCHÖNKE, ROSEN-

BERG (em tradução espanhola), LENT (em tradução italiana) — todas, como é notório, superadas, em extensão maior ou menor, pela evolução mais recente da ciência e do direito positivo alemão. Só há bem pouco tempo se começaram a traduzir para o português escritos alemães sobre direito processual civil. A própria *Zivilprozessordnung* costuma ser citada em tradução espanhola que já data de meio século e de modo nenhum espelha com fidelidade o direito vigente.

Apesar de tudo isso, a influência alemã tem crescido, como se mostrará oportunamente. Só a jurisprudência permanece à margem dessa evolução: é excepcional, até agora, a referência a julgados alemães nas decisões de tribunais portugueses e brasileiros.

PARTE I

Antes de 1939

1. *Legislação* — Na segunda metade do século XIX e no princípio deste, verificaram-se em Portugal, sem dúvida, movimentos de renovação do sistema do Código de 1876, refletidos sobretudo em diplomas como os Decretos n.ºs 12.353, de 22.09.1926, 21.287, de 30.05.1932, e 21.694, de 29.10.1932. Foram, todavia, modificações setoriais, que não chegaram a transformar o quadro, embora hajam preparado a reforma, relativamente profunda, de 1939. Ao longo desse período não se discernem com facilidade sinais indicativos de que o processo civil português tenha acusado a recepção de modelos alemães. E, se isso é verdade para a legislação, também o é para a doutrina e para a jurisprudência — com ressalva, quanto à primeira, de idéias que foram penetrando, a partir de certa época, no pensamento processual e que se podem rastrear, como se explicou na Introdução (n.º 3), até origens alemãs imediatas.

Enquanto isso, no Brasil, a situação apresentava maior complexidade. Com a primeira Constituição republicana, de

1891, estabeleceu-se no país a dualidade de competência (da União Federal e dos Estados-membros) para legislar sobre direito processual. No plano federal, os diplomas mais importantes surgidos nessa época (Decreto nº 763, de 19.09.1890; Decreto nº 848, de 11.10.1890; Decreto nº 3.084, de 5.11.1898) pouco se afastaram do supracitado Regulamento nº 737 (Introdução, nº 1). Este continuaria também a vigorar em alguns Estados, omissos na elaboração de seus próprios códigos. Outros Estados trataram de editá-los, mas, na maioria, persistiram em tomar por modelo o velho texto de 1850.

Houve, contudo, exceções. Uma delas — talvez a mais notável, do ponto de vista que interessa aqui — foi o Código do Estado da Bahia, de 1915, de cujo projeto se incumbira EDUARDO ESPÍNOLA, bom conhecedor das legislações e da doutrina de língua alemã, nomeadamente dos textos das Ordenações do Império Alemão, de 1877, da Áustria, de 1895, e da Hungria, de 1911, bem como da literatura surgida durante os primeiros anos de vigência dessas leis. A influência de tais elementos é nítida em determinadas partes do Código baiano, predominando às vezes a do modelo alemão propriamente dito, noutros casos a de alguma das outras duas codificações. Servem de exemplo as normas relativas ao litisconsórcio (Livro I, Título I, Capítulo II), onde os arts. 6º e 7º, que enumeram as hipóteses de admissibilidade do processo litisconsorcial, se inspiravam visivelmente nos §§ 59 e 60 da ZPO alemã, ao passo que no art. 9º, atinente ao regime especial do chamado “litisconsórcio necessário”, se insinuava a fórmula austríaca da consideração dos litisconsortes como “uma parte única” (cf. o § 14 da ZPO de 1895, verbis “*eine einheitliche Streitpartei*”).¹ Também merece referência o art. 127, que contemplava em termos amplos a iniciativa oficial na determina-

¹ Outros códigos estaduais, observe-se de passagem, acompanharam a orientação do baiano no particular: assim o de Pernambuco (Código de Processo Civil e Comercial, de 1924, art. 23, parágrafo único) e o de Santa Catarina (Código Judiciário, de 1928, art. 507). O do Paraná (Código de Processo Civil e Comercial, de 1920, art. 24, parágrafo único) optou por aderência ainda mais estrita ao modelo alemão.

ção de medidas probatórias, seguindo no particular a diretriz das Ordenações austríaca (§ 183) e húngara (§ 288).

Pode-se enxergar outro fruto da influência alemã na consagração da ação declaratória como forma genérica de tutela jurisdicional, que no direito brasileiro se encontra pela primeira vez em texto legislativo no Código de Processo Civil do Distrito Federal, de 1924, arts. 526 e segs. Com efeito: os dizeres do art. 526, que aludia à “declaração da existência, ou da inexistência, de um direito, ou de uma relação jurídica, ou da falsidade, ou autenticidade, de um documento”, lembram a redação do atual § 256 da ZPO alemã, *verbis* “*Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses*”, “*Anerkennung einer Urkunde oder (...) Feststellung ihrer Unechtheit*”.

2. *Doutrina* — Foi esporádica e pouco significativa, quer em Portugal, quer no Brasil, a repercussão direta da doutrina processual civil alemã no período sob exame. Obras escritas em alemão só muito raramente se viam mencionadas. Constituem exceções importantes, na literatura brasileira, EDUARDO ESPÍNOLA, LOPES DA COSTA e PONTES DE MIRANDA. O primeiro, ao comentar o Código da Bahia, cujo projeto redigira, reportava-se em vários passos à doutrina de língua alemã, inclusive a artigos publicados em revistas jurídicas: aparecem aí, entre outros, os nomes de PLANCK, de KOHLER, de HELLWIG e, sobretudo, de GAUPP — STEIN, cujos comentários à ZPO são citados com certa frequência;² mais abundantes, no entanto, são as referências a textos das Ordenações alemã, austríaca e húngara, com cujas disposições o autor compara, a cada passo, as da lei baiana. Quanto a LOPES DA COSTA e a PONTES DE MIRANDA, cuja atividade científica se prolongaria ainda por tempo considerável — máxime a do último —, são da fase aqui examinada as mono-

² V. EDUARDO ESPÍNOLA, *Código do Processo do Estado da Bahia anotado*, vol. I, Bahia, 1916, págs. 306, 308, 310, 317, 318, 322, 333, 336, 340, 394 etc.

grafias sobre a intervenção de terceiros e sobre a ação rescisória,³ onde se revelava a familiaridade com a literatura processual alemã, que constituiria traço marcante da produção de ambos os autores.

PARTE II

Sob os Códigos de 1939

1. *Legislação* — Do ponto de vista legislativo, Portugal e Brasil deram simultaneamente o passo decisivo para a modernidade, no terreno processual: datam do mesmo ano (1939) o primeiro Código de Processo Civil nacional brasileiro e aquele que, na mãe-pátria, substituiu os velhos diplomas oitocentistas. Ambos foram leis profundamente inovadoras, que objetivaram implantar um modelo de processo dominado pelos princípios da oralidade, da concentração, da imediação, da participação ativa do juiz, e nessa medida exibiam a marca de idéias nutridas e trabalhadas em países de língua alemã. A influência, entretanto, parece ter-se exercido, ao menos predominantemente, por via indireta (cf. *supra*, Introdução, nº 3).

Com efeito. Para começar por Portugal, o grande promotor da reforma foi JOSÉ ALBERTO DOS REIS, que redigiu o projeto do novo Código, tal como já se incumbira de preparar o diploma que abrisse o caminho para a mudança, o Decreto nº 12.353, de 26.09.1926. O notável processualista conhecia, sem dúvida, a ZPO de 1877.⁴ É menos certo, porém, que conhecesse bem a doutrina alemã, que não costumava citar em suas obras científicas. Terá provavelmente haurido

³ LOPES DA COSTA, *Da intervenção de terceiros no processo*, S. Paulo, 1930; PONTES DE MIRANDA, *A ação rescisória contra as sentenças*, Rio de Janeiro, 1934.

⁴ Citava-a, por exemplo, bem antes de 1939, no prefácio da 1ª edição de seu *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, págs. XXII - XXIII da 2ª ed., Coimbra, 1929.

em fontes derivadas a inspiração das modernas diretrizes, que introduziu em sua pátria.⁵

No Brasil, o projeto do primeiro Código nacional deveu-se principalmente a BATISTA MARTINS, que não era versado no direito dos países germânicos, embora citasse disposições da ZPO alemã e da austríaca. A *Exposição de Motivos* do projeto não alude, em passo algum, a essas codificações, nem à doutrina de língua alemã. Não obstante, é possível discernir, em certos casos, influência tão decisiva, que faz suspeitar de algo semelhante a cópia pura e simples: no capítulo dedicado ao litisconsórcio, por exemplo, os textos dos arts. 89, 90 e 92 do Código brasileiro de 1939 reproduzem, quase literalmente, os dos §§ 61, 62 e 63 da ZPO alemã.⁶ A importação talvez se haja dado com base na tradução espanhola dessa codificação, citada com alguma frequência por BATISTA MARTINS em sua obra de comentários ao diploma nacional — à semelhança, aliás, da tradução italiana da ZPO austríaca.⁷

A propósito: com a bem conhecida *erste Tagsatzung* do processo civil austríaco é usual pôr em confronto um instituto comum ao direito português e ao brasileiro: o “despacho saneador”. Explica-se o paralelo pela parcial similitude de funções: neste, como naquela, examinam-se questões preliminares, a fim de expungir de irregularidades e incertezas o processo, com a possibilidade, por outro lado, de extingui-lo desde logo, em hipóteses nas quais se mostra inútil ou desnecessário o prosseguimento da atividade processual. A afinidade com a *erste Tagsatzung* é mais notável no processo português, e sobretudo justamente a partir do Código de 1939: neste, com efeito, é que o aludido ato do juiz passou a ser precedido, em certos casos, de uma “audiência preparatória”, que não existia

⁵ No dizer de FERNANDO LUSO SOARES, *Processo civil de declaração*, Coimbra, 1985, pág. 57, “é incontestável terem os projetos italianos sido a base, a principal fonte da moderna reforma processual portuguesa, iniciada em 1926”.

⁶ V., ao propósito, BARBOSA MOREIRA, *Litisconsórcio unitário*, Rio de Janeiro, 1972, págs. 10, nota 3, e 118.

⁷ V.g.: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, 1940, págs. 22, 133, 226/7, 275, 283, 285/6, 304/5 etc.

no regime anterior, nem existe no ordenamento brasileiro.⁸ Não parece fácil, todavia, estabelecer ligação histórica entre a inovação portuguesa de 1939 e o modelo austríaco; as fontes disponíveis não permitem antepor a hipótese de verdadeira influência à da mera convergência de idéias.⁹

Portugal e Brasil viviam em 1939, tal como a Alemanha, sob regimes políticos autoritários. É natural que se indague se a proximidade ideológica terá desempenhado algum papel na orientação das reformas ocorridas naqueles dois países. A resposta é que, se houve tal fenômeno, decididamente não se lhe deve atribuir senão importância secundária. Como por mais de uma vez se acentuou, a influência do modelo alemão, de modo geral, fez sentir-se de modo mais indireto que direto; as idéias que se podem considerar de origem alemã, àquela altura, já se haviam disseminado a ponto de perderem, em boa medida, qualquer conotação nacional específica. Além disso, não parece indubitado que, na própria Alemanha, elas estivessem umbilicalmente ligadas à ideologia nacional-socialista: basta ver que, ainda quando levadas a cabo sob o Terceiro Reich as reformas que as puseram em prática, na verdade se tratava, não raro, de propostas oriundas de épocas anteriores — inclusive no tocante a tópicos aparentemente relacionados com um reforço do princípio da autoridade, como é o caso da atribuição de papel mais ativo ao juiz, ou do correlato abrandamento de algumas das diretrizes tradicional-

⁸ Para uma resenha dos antecedentes e da evolução do “despacho saneador”, em Portugal e no Brasil, v. BARBOSA MOREIRA, *Saneamento do processo e audiência preliminar*, in *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*, S. Paulo, 1989, págs. 112 e segs.

⁹ Partiu de BARBOSA DE MAGALHÃES, membro da comissão revisora do projeto, a sugestão de incluir a “audiência preparatória” no sistema do Código de 1939 (cf. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. III, Coimbra, 1950, pág. 167). No “relatório” feito sobre a matéria pelo próprio BARBOSA DE MAGALHÃES (in *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, vol. I, Lisboa, 1940, págs. 49 e segs.), que justifica a proposta com razões de conveniência prática (págs. 52/3), nenhuma alusão se depara ao direito austríaco, ou a qualquer outra legislação estrangeira.

mente vinculadas ao “princípio dispositivo” (*Verhandlungsmaxime*).¹⁰ De resto, semelhante tendência não cessou de manifestar-se após a queda do regime nacional-socialista.

No que respeita ao Brasil, é certo que, ao tempo da reforma, aqui e ali se invocaram os princípios políticos do “Estado Novo” na argumentação em prol da mudança de rumos no processo civil;¹¹ mais, porém, à maneira de expediente retórico do que como proposição seriamente justificada.

2. *Doutrina* — Como bem se compreende, o advento de codificações novas surtiu efeito estimulante na produção científica, tanto em Portugal como no Brasil. Surgiram, naturalmente, obras de comentários aos códigos. Na literatura portuguesa, porém, dominada pela presença de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, não se observam traços muito sensíveis da influência científica alemã. Eles aparecem com grande nitidez, ao contrário, no principal trabalho do gênero publicado no Brasil: os *Comentários ao Código de Processo Civil* de PONTES DE MIRANDA,¹² nos quais a Alemanha fornece o material mais copioso nas citações de autores estrangeiros, e a análise do texto nacional procura constantemente subsídios no con-

¹⁰ V. as palavras de FISCHER lembradas por DAMRAU, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Paderborn, 1975, págs. 489/90.

¹¹ Por exemplo: o Ministro da Justiça de então, FRANCISCO CAMPOS, autor intelectual da Constituição autoritária de 10.11.1937, afirmou certa vez que a opção pela nova sistemática adotada era “uma consequência necessária do regime instaurado em 10 de novembro” e que o Código de Processo Civil exprimiria uma “tendência vital” desse regime (*A reforma do processo civil, in Processo oral*, Rio de Janeiro, 1940, pág. 188). Curiosamente, na *Exposição de Motivos* do projeto, redigida pela mesma pena, lê-se: “Nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos. É esta a situação dos juizes na Inglaterra; esta a situação pleiteada para eles nos Estados Unidos, por todos quantos se têm interessado pela reforma processual”. E, à guisa de abonação, vinham em seguida abundantes citações de juristas norte-americanos...

¹² Publicou-se a primeira edição entre 1947 e 1949; a segunda, entre 1958 e 1962.

fronto com a *ZPO* daquele país (e, em menor medida, com as codificações austríaca e húngara).

Entre as obras de exposição sistemática do direito brasileiro desse período merece relevo, do ponto de vista que nos interessa aqui, o *Direito Processual Civil brasileiro* de LOPES DA COSTA,¹³ onde conceitos e teorias de origem alemã são igualmente expostos com frequência e utilizados no tratamento de numerosos problemas. Noutro setor da doutrina, cabe mencionar a produção de ALFREDO BUZUID, com várias monografias importantes, que não raro se valem de subsídios da literatura alemã.¹⁴

Mas a influência dessa literatura não fica limitada aos autores — como os supramencionados — que tinham acesso às obras originais. No período de que estamos tratando, difunde-se notavelmente o conhecimento de teorias oriundas da Alemanha, ainda que haurido, as mais das vezes, em traduções ou em referências de segunda mão. É um fenômeno que se manifesta inclusive em livros de fins predominantemente didáticos: por exemplo, no Brasil da época torna-se difícil encontrar manual ou compêndio que não aluda, ao menos por alto, às clássicas controvérsias doutrinárias sobre a natureza jurídica do processo, ou da ação, com referência às principais posições historicamente adotadas, ao propósito, pela ciência processual alemã. As monografias, por sua vez, quando se ocupam de questões no plano comparatístico, raramente deixam de dedicar uma seção específica à exposição do direito alemão.

Continua a ser verdade, em todo caso, que o nível do influxo alemão, em Portugal e no Brasil, se conserva bastante inferior ao do italiano. É por meio deste, repita-se, que muitas vezes se produz aquele.

¹³ 1ª ed., Rio de Janeiro, 1942-7; 2ª ed., Rio de Janeiro, 1959.

¹⁴ Desde a primeira delas, *A ação declaratória no direito brasileiro*, S. Paulo, 1943, onde WACH, HELLWIG, GOLDSCHMIDT, ROSENBERG figuram entre os autores mais citados, assumindo também certo realce a presença da Áustria, representada sobretudo por POLLAK.

PARTE III

Período Contemporâneo

1. *Legislação* — O direito processual civil experimentou em Portugal diversas reformas importantes depois de 1939: entre outras, as realizadas pelos Dec.-leis nº 44.129, de 28.12.1961; nº 47.690, de 11.5.1967; nº 368, de 3.9.1977; nº 513-X, de 27.12.1979; nº 457, de 10.10.1980; nº 224, de 8.6.1982; e pela Lei nº 3, de 26.2.1983. Em mais de um caso, essas modificações do Código de Processo Civil impuseram-se como consequência de outras alterações do ordenamento jurídico português, como o advento de novo Código Civil, em 1966, e o de nova Constituição, em 1976. De outras vezes, eles se inspiraram de modo precípua no propósito essencialmente prático de simplificar e racionalizar o procedimento. Não há sinais evidentes de influência alemã nas inovações consagradas. O mesmo se dirá do recente anteprojeto de novo Código de Processo Civil, publicado em 1988.¹⁵

Quanto ao Brasil, é certo que, durante a vigência do Código de 1939, surgiram numerosos diplomas referentes ao processo civil. A maioria, contudo, veio disciplinar matérias não previstas no Código; relativamente poucas, e de relevância geralmente escassa, foram as alterações nele introduzidas. O panorama iria mudar de forma profunda com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11.1.1973, em vigor desde 1º.11.1974), baseado em anteprojeto da autoria de ALFREDO BUZAID.

Na elaboração do Código de 1973, foi bem mais considerável que na do anterior a contribuição de legislações estrangeiras. Entre elas figura a alemã, à qual a própria Exposição de Motivos do projeto faz alusões expressas. Cumpre observar, no entanto, que não raro a influência terá sido, ainda

¹⁵ V. ANTUNES VARELA, *A reforma do processo civil português*, in *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*, n.º 7, págs. 45 e segs., onde, na exposição dos objetivos e dos trabalhos da comissão encarregada da tarefa, não se depara referência alguma ao direito alemão.

aqui, indireta: ao optar, nesta ou naquela matéria, por orientação semelhante em substância à adotada na Alemanha, o Código preferiu, no plano formal, seguir outro modelo. Assim, *v.g.*, se a sistemática do processo à revelia, modificando o rumo até então dominante no direito brasileiro, sem dúvida se acostou à concepção alemã, o teor das disposições relativas ao assunto revela de maneira cristalina que a fonte imediata foi a lei portuguesa.¹⁶ Outro exemplo é o da ação declaratória incidental, instituto não contemplado em termos expressos no direito anterior; o art. 5º do Código vigente, que a ela se refere, corresponde substancialmente ao § 262, 2, da ZPO alemã, mas, pela redação, mais se aproxima do art. 4 do *Codice di procedura civile* do Estado do Vaticano, provavelmente imitado pelo legislador brasileiro.

Tópico interessante é o da assistência. Na parte dedicada ao instituto (Livro I, Título II, Capítulo V, Seção II), adota o Código de 1973 a sistemática alemã, com o desdobramento da figura nas duas modalidades da assistência simples e da assistência litisconsorcial (arts. 50 e 54, respectivamente). Ao redigir o art. 50, no entanto, o legislador brasileiro mais se avizinhou do texto português (art. 335, nº 1), embora convenha assinalar que este não difere muito do § 66, 1, da ZPO alemã. Já o art. 54, sem correspondência exata no Código português, parece mais próximo do § 20 da ZPO austríaca do que do § 69 da ZPO alemã,¹⁷ na medida em que, abstendo-se de aludir, como a última, à extensão *da coisa julgada* à relação jurídica do terceiro, emprega, à semelhança da primeira, fórmula mais ampla: no direito brasileiro, a intervenção pressupõe que a sentença “haja de *influir*” na relação jurídica entre o interveniente e o adversário da parte assistida; no austríaco, que

¹⁶ V., sobre o tema, BARBOSA MOREIRA, *A revelia no direito alemão e a reforma do processo civil brasileiro*, in *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1974, págs. 134 e segs.; *id.*, *Quelques aspects de la procédure civile brésilienne et de ses rapports avec d'autres systèmes juridiques*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1982, n.º 4, pág. 1.219, ou em *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, S. Paulo, 1984, pág. 19.

¹⁷ Diversamente, SÉRGIO FERRAZ, *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*, S. Paulo, 1979, pág. 74.

ela seja “juridicamente eficaz” (“*rechtlich wirksam*”) no concernente a tal relação.

Mais curiosa é a origem do art. 47, que contempla o chamado “litisconsórcio necessário”. Semelhante dispositivo inspirou-se provavelmente num projeto alemão de reforma, de 1931.¹⁸ É, ao menos, o que faz crer a estrutura do texto, mormente na parte inicial (“Há litisconsórcio necessário quando...”), mais parecida com a do § 65 do projeto (“*Die Streitgenossenschaft ist notwendig, wenn...*”) do que com a do § 62 da ZPO.

Ponto a cujo respeito a Exposição de Motivos do projeto invocou expressamente o direito alemão é o regulado no art. 612 do Código brasileiro, consoante o qual — salvo no caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal de credores — a penhora confere ao credor “direito de preferência” sobre os bens penhorados. Lê-se na Exposição de Motivos (nº 22) que se cuida aí de “direito real” (...), “a exemplo do que dispõe o § 804 do Código de Processo alemão”. Na verdade, é de estranhar que não se tenha antes aludido ao texto português de 1961, cujo art. 833º, nº 1, consagrava a aludida preferência (aliás, de origem muito antiga em Portugal) em termos mais aproximados do referido art. 612¹⁹ — para não falar do art. 475 do Código vaticano, o qual, pela semelhança ainda maior, parece haver servido de modelo ao legislador de 1973.

Em balanço global, deve-se considerar limitada — embora decerto mais intensa que no direito anterior — a influência das codificações de língua alemã no ordenamento brasileiro vigente. Ela não se faz sentir na estrutura do Código, nem responde pela introdução de importantes institutos novos. Das figuras jurídicas que aparecem disciplinadas pela primeira vez, algumas existem, é certo, no direito alemão, como a ação declaratória incidental, já citada, e o recurso adesivo — versão

¹⁸ *Entwurf einer Zivilprozessordnung*, publicado pelo Reichsjustizministerium, Berlim, 1931.

¹⁹ Cf. MENDONÇA LIMA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VI, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1987, págs. 602/3.

brasileira da *Anschlussberufung* (— *revision*) —; são, porém, comuns a outros sistemas processuais europeus, que podem igualmente haver sido, e em vários casos indubitavelmente foram, as autênticas fontes (ao menos imediatas) da reforma.²⁰ Restam as repercussões localizadas, das quais acima se tratou de apontar as mais notáveis.

Se, em todo caso, é inegável o incremento na “importação”, há que enxergar nele, sobretudo, fenômeno de impregnação científica, para o qual terá concorrido, antes de mais nada, a circunstância de haver-se incumbido da redação do anteprojeto do novo Código um jurista excelentemente informado, em geral, acerca dos ordenamentos processuais estrangeiros e familiarizado, em particular, com as legislações e a doutrina de língua alemã. De qualquer modo, porém, essa contribuição não se eleva a grau de importância comparável ao do direito italiano ou — para mencionar uma fonte menos conhecida, mas na qual fartamente se abeberou o legislador brasileiro²¹ — ao do *Codice di procedura civile* do Estado do Vaticano.

2. *Doutrina* — As últimas décadas viram aumentar — num contexto genérico de interesse sempre crescente pelos estudos de direito comparado — a divulgação da literatura processual de língua alemã em Portugal e no Brasil. Mais de um fator terá contribuído para tal expansão. Em ambos os países, maior número de processualistas vem passando a interessar-se por adquirir algum conhecimento daquele idioma, ao menos na medida necessária para a leitura de obras científicas no original,²² enquanto prossegue em países hispano-americanos,

²⁰ Não parece improvável que se inclua nesse rol o dever de veracidade das partes, introduzido no ordenamento brasileiro, em termos genéricos, pelo art. 14, n.º I, do Código de 1973 (e ao qual se refere, catalogando as “inovações constantes do Livro I”, a Exposição de Motivos, n.º 17), mas já consagrado no art. 264 do Código português, desde o texto de 1939 (hoje, art. 264, n.º 2).

²¹ V. BARBOSA MOREIRA, *Quelques aspects de la procédure civile brésilienne et de ses rapports avec d'autres systèmes juridiques*, cit. em a nota 16, *supra*, págs. 1.223/4.

²² Ao que nos consta, a primeira tradução de obra processual alemã feita no Brasil é a dos *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, de FRITZ BAUR,

embora menos intensa, a atividade de tradução para o idioma espanhol, geralmente compreensível para os juristas lusófonos. O acesso destes à produção científica alemã (e à de outros países germânicos) vê-se facilitado, ainda, por outra circunstância: mormente no quadro de volumes coletivos — ora resultantes de pesquisas comparativas, ora compostos de relatórios destinados a congressos internacionais, cada vez mais numerosos —, vêm-se publicando, em línguas (como o inglês e o francês) mais familiares a portugueses e brasileiros, trabalhos de juristas alemães e austríacos sobre temas processuais.²³

Ao lado das traduções — antigas e modernas —, que continuam naturalmente a ser utilizadas de modo predominante, obras publicadas em tempos recentes passam a valer-se, com maior freqüência, de elementos colhidos diretamente em textos originais de língua alemã.²⁴ A literatura alemã — e, em

sob o título *Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, Porto Alegre, 1985.

²³ Um exemplo: no volume *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation — Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Milano — Dobbs Ferry, 1973, entre os relatórios nacionais para um congresso realizado em Florença, em 1971, encontram-se, em francês, os redigidos por BAUR, pela República Federal da Alemanha (págs. 1 e segs.), e por SCHIMA, pela Áustria (págs. 173 e segs.).

²⁴ V.g., em Portugal: CASTRO MENDES, *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*, Lisboa, s/d; *id.*, *Direito Processual Civil*, Lisboa, 1980; PESSOA VAZ, *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*, Coimbra, 1976; TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a teoria do processo declarativo*, Coimbra, 1980; *id.*, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Lisboa, 1988; no Brasil: ARRUDA ALVIM, *Ensaio sobre a litispêndência no Direito Processual Civil*, S. Paulo; *id.*, *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª ed., S. Paulo, 1986; *id.*, *A arguição de relevância no recurso extraordinário*, S. Paulo, 1988; CELSO NEVES, *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, S. Paulo, 1970; BARBOSA MOREIRA, *Litisconsórcio unitário*, Rio de Janeiro, 1972; *id.*, *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, S. Paulo, 1979; BOTELHO DE MESQUITA, *Da ação civil*, S. Paulo, 1973; MATHIAS LAMBAUER, *Do litisconsórcio necessário*, S. Paulo, 1982; TERESA ARRUDA ALVIM PINTO, *Nulidades da sentença*, S. Paulo, 1987; ELICIO DE CRESCI SOBRINHO, *Dever de veracidade das partes no processo civil*, Porto Alegre, 1988; *id.*, *Dever de esclarecimento e complementação no processo civil*, Porto Alegre, 1988; ARAKEN DE ASSIS, *Cumulação de ações*, S. Paulo, 1989.

menor escala, a austríaca — vem ministrando, no Brasil, subsídios consideráveis para a análise do novo Código, máxime no que concerne aos institutos cuja disciplina sofreu a influência, direta ou indireta, das leis germânicas, ou apresenta com a sistemática destas alguma afinidade; em tradução ou (mais raramente) no original,²⁵ são abundantes, nos comentários ao Código, as citações de obras escritas em alemão, bem como a discussão das teses nelas sustentadas, particularmente no que interessa mais de perto à solução de problemas hermenêuticos suscitados pelo texto em vigor.

²⁵ Diversos comentadores têm utilizado elementos colhidos em textos originais de língua alemã: assim, por exemplo, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1974-8; HÉLIO TORNA-GHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vols. I e II, S. Paulo, 1ª ed., 1974; 2ª ed., 1978; ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, 5 vols. publicados, S. Paulo, 1975-81; BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1974; 5ª ed., 1985; CLOVIS DO COUTO E SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, S. Paulo, t. I, 1977; t. II, 1982.