

O INSTITUTO

REVISTA CIENTÍFICA E LITERÁRIA



VOLUME CXXXIII

COIMBRA — 1971

ÍNDICE DOS ARTIGOS

	Págs.
<i>Dos poderes e deveres do juiz na Conciliação Judicial, pelo Dr. Alexandre Pessoa Vaz</i>	1
<i>Actividade cultural</i>	192
<i>Documentos sobre a Restauração, pelo Prof. Doutor Eduardo Brazão</i>	193

O INSTITUTO

Composto e impresso nas oficinas da «Coimbra Editora, Limitada»

O INSTITUTO

REVISTA CIENTÍFICA E LITERÁRIA



VOLUME CXXXIII

COIMBRA — 1971

INSTITUTO DE COIMBRA

DIRECÇÃO

DIOGO PACHECO DE AMORIM	<i>Presidente</i>
GUILHERME BRAGA DA CRUZ	<i>Vice-Presidente</i>
JOSÉ BAYOLO PACHECO DE AMORIM	<i>Director da Classe de Ciências</i> <i>Físico-Matemáticas</i>
ARNALDO DE MIRANDA BARBOSA	<i>Secretário</i>
JOSÉ BAYOLO PACHECO DE AMORIM	»
FERNANDO BAYOLO PACHECO DE AMORIM	»
JOÃO JOSÉ LOBATO GUIMARÃES	<i>Tesoureiro</i>

DOS PODERES E DEVERES DO JUIZ NA CONCILIAÇÃO JUDICIAL

Continuado do vol. 132.º, pág. 209

(A numeração entre parentesis quadrados ao fundo das páginas corresponde ao volume da Separata; visando facilitar a consulta das remissões *supra* e *infra*.)

22. Mas, se antes mesmo de procurarmos extrair da forte contraposição que vimos de analisar e do assinalado pendor jurisdicionalístico imanente ao conceito de «solução de equidade» consagrado na nossa lei positiva todas as suas lógicas e naturais consequências (nomeadamente no concernente à rigorosa articulação, nos termos já acima indicados, do *dever de persuasão*, implícito no indicado conceito de solução de equidade, com o *dever de motivação*, também hoje explicitamente consagrado na nossa lei positiva, embora bastante incompletamente, por lhe faltarem, como já frisámos⁽²⁶⁶⁾, os complementos, quanto a nós indispensáveis, da *documentação*

⁽²⁶⁶⁾ Vid. *supra*, 151 nota 191; e sobre o princípio da motivação em geral vid. também 80, 84 e nota 73, 86, 89, 99, 101 nota 116, 105, *idem*, 120, 129 e 130.

da prova e do *recurso por vício de motivação*, ou seja, por vício lógico do juiz na apreciação da matéria de facto), se antes de tudo isso — repete-se —, procurássemos definir num rápido relance crítico a posição da doutrina em geral sobre este delicado tema que nos propusemos versar no presente ensaio, — parece poder dizer-se que seria à primeira vista pouco menos do que ocioso (senão mesmo temerário) pensar sequer em *pôr o problema* da natureza contratual ou jurisdicional dos negócios processuais em geral e da conciliação judicial em particular, olhados deste ângulo peculiar dos *poderes do juiz*: — posto que em relação aos negócios tradicionais do processo civil (transacção, reconhecimento e renúncia) a *simples ideia* de um controle substancial do julgador se afiguraria, como já acentuámos, não só praticamente inviável como até, em princípio, altamente contraditória e absurda.

Assim e em primeiro lugar, (e voltando à principal e mais impressiva das razões invocadas pelos contratualistas já acima enunciadas) ⁽²⁶⁷⁾, como esse controle substancial *pressupõe*, em princípio, necessariamente, um certo mecanismo de averiguação da verdade e de decisão do litígio (real ou potencial), com um mínimo de formalismo e de demora (senão mesmo de despesa), tudo resvalaria no já indicado *paradoxo* de, para evitar um processo judicial, se ter no fundo de recorrer à instauração de um outro verdadeiro processo ⁽²⁶⁸⁾.

⁽²⁶⁷⁾ Vid. *supra*, 47-50 ss. e notas 30-35, *passim*.

⁽²⁶⁸⁾ Este um dos principais argumentos de BENTHAM contra a conciliação, sintetizado numa frase célebre com que este famoso jurista e filósofo abre o cap. XXII da sua já cit. *De l'Organisation judiciaire et de la Codification* (a p. 173), frase essa do seguinte teor: — «Nada de mais louvável que o fim, nada de menos eficaz ou mesmo de mais contrário ao fim que o meio».

E noutro passo dessa mesma obra completa o raciocínio e escla-

Por outro lado e em segundo lugar, se a *razão principal* de procurar evitar os pleitos judiciais anda em grande parte à volta, como vimos, da *desconfiança* na capacidade mental e moral dos juizes para administrarem verdadeira justiça, acabava todavia por se atribuir a estes últimos, por via da sua actividade conciliatória, uma função de controle substancial dos próprios negócios processuais, o que pressupõe um julgamento ou *apreciação* (embora de equidade) da situação controvertida e consequentemente o reconhecimento da sua *capacidade e idoneidade* para realizar uma justiça mais alta e ideal — a já referida justiça de *equidade* ou *persuasiva*: — sendo, portanto, algo estridente aqui a apontada contradição, de se reconhecer ao juiz a impossibilidade de fazer o *menos* (uma simples justiça rigidamente *legalista e impositiva*) e se lhe atribuir todavia depois a função de realizar o *mais* (a mencionada justiça *ideal* ou *persuasiva*).

Por último, — e este talvez o *argumento soberano* que no indicado sentido poderá aduzir-se —, se um dos fins ou objectivos essenciais da autocomposição dos conflitos jurídicos de interesses ou lides judiciais (através precisamente dos negócios processuais) é *pôr rapidamente termo à incerteza* dos direitos gerada por esses mesmos conflitos, através de um meio mais expedito, simples e eficiente (económica e social-

rece o seu pensamento, afirmando: — «O objecto desta instituição é prevenir os processos»... «Eis pois um processo extraordinário instituído para prevenir um processo... é preciso que a magia das palavras seja bem grande para que isto tenha podido encantar tão bons espíritos». — No que não podemos deixar de reconhecer uma alusão velada a VOLTAIRE e aos outros autores e legisladores franceses de 1790 e imediatamente posteriores, que advogam entusiasticamente a criação dos juizes de paz, com funções essencialmente conciliatórias — em especial THOURET, FAURE, TREILHARD e vários outros.

mente) ⁽²⁶⁹⁾ que o proporcionado pelo processo judicial, a concepção jurisdicionalística destes negócios, com o consequente *controle substancial* do juiz procurando assegurar a plena (ou aproximativa) ⁽²⁷⁰⁾ correspondência do conteúdo da solução negocial com a realidade da situação controvertida, conduziria lógicamente à conclusão de que o negócio em causa poderia e deveria ser em princípio sempre *anulado*, desde que se verificasse qualquer (ou pelo menos um *certo grau*) de discrepância entre aquele mesmo conteúdo e a referida situação controvertida. — O que levaria ao *absurdo* de, para evitar as incertezas resultantes *de um processo*, se criarem, pelo menos, *dois* ou mesmo até *três*: — o de conciliação e o de anulação, *sempre*; e, em caso de procedência desta última, o *próprio processo principal*, que assim viria, em princípio, a renovar-se ⁽²⁷¹⁾.

⁽²⁶⁹⁾ Ver a este propósito uma curiosa síntese de CARNELUTTI na qual o eminente autor salienta que com a conciliação, em confronto com o processo judicial, se obtém uma solução menos cara do que com este processo, no sentido largo de *soma de desvantagens* que ele acarreta consigo do lado da duração do litígio e do dispêndio de energias necessárias ao seu desenvolvimento (*Sistema cit.*, I, 173).

⁽²⁷⁰⁾ Cf. neste sentido, bem explicitamente, KRETSCHMAR, *o. c.*, 225, e *supra*, 41 s. nota 26, 60 nota 47 e 63 nota 50.

⁽²⁷¹⁾ Este o principal argumento com que WINDSCHEID combate a natureza substancial do controle do juiz, sob a forma do firme repúdio do requisito da *incerteza objectiva*. E que a doutrina ulterior (quer alemã, quer italiana) que perfilha esta linha de orientação jamais deixa de invocar insistentemente. — Vid. por todos quanto à doutrina italiana, entre os autores citados na nota seguinte, em especial, VITERBO (cit. *La res dubia e la lite incerta nella transazione*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937, 230) e VALSECCHI (*o. c.*, 158), que ambos aludem neste ponto não só a CARNELUTTI, como ainda à mencionada síntese clássica de WINDSCHEID, neste mesmo sentido muito citado entre os autores ita-

Acresce ainda que (nesta última hipótese), os motivos de anulação do negócio processual seriam também regra geral *mais amplos* do que os da sentença ordinária, abrangendo os *vícios da vontade* que afectassem o substrato essencial em que assentava a determinação dispositiva dos litigantes; — vícios esses que, em princípio, ficariam *a coberto* da anulação das decisões judiciais nos processos contenciosos.

Daí, a inevitável conclusão de que uma tal situação estaria em nítida e estridente colisão com os referidos fins da *certeza*, da *rapidez* e da *economia* que com a solução conciliatória se procuravam promover e salvaguardar: — dado que a composição amigável (em tal orientação) em vez de *abreviar* e *simplificar* a solução dos litígios e estabelecer a *certeza jurídica*, acabaria por comprometer todos estes altos objectivos do instituto, em consequência da maior *instabilidade*, e até da maior *morosidade* dessa mesma solução em face das sentenças judiciais; — ficando inteiramente frustrado o princípio básico que aqui se deveria acautelar, expresso no velho axioma romano evocado por muitos autores — «*ne lites ex litibus orientur*»⁽²⁷²⁾.

lianos e alemães, (cf. WINDSCHEID, *Pandette*, trad. italiana, Turim 1930, II, § 414, nota 6, e autores aí citados).

(²⁷²) Vid. KRETSCHMAR, *o. c.*, 280. Mas, além deste autor e de WINDSCHEID — os dois famosos juristas alemães já citados nas notas antecedentes —, cumpre aludir à larga generalização deste mesmo pensamento na doutrina italiana mais autorizada e recente, e em especial a CARNELUTTI: — que na já referida e primitiva fase de evolução do seu pensamento (em que adopta uma concepção *vincadamente contratualista* da transacção e dos negócios processuais em geral — vid. *supra*, 123 nota 146 e *infra*, 239 e nota 316), nega ao juiz todo e qualquer controle (substancial) sobre o conteúdo dos mesmos, chegando a dispensar o requisito da *res dubia* como elemento essencial e tradicional desta figura jurídica, e a admitir a validade duma transacção ainda quando incida

23. Mas, e de qualquer maneira, cumpre advertir (a despeito da grande impressividade e reiteração dos vários argumentos a que acabamos de nos reportar e em especial do último na doutrina em geral), que a análise do instituto da conciliação, vista fundamentalmente pelo prisma da sua intensificação na prática forense e na política legislativa dos tempos modernos, e bem assim, à luz dos seus precedentes históricos e ideológicos mediatos e imediatos, põe, como é fácil deduzir do que se expôs no número antecedente, sérias reservas ao acerto e oportunidade destas críticas.

— Em face, sobretudo, em primeiro lugar, do aparecimento e generalização de algumas novas figuras afins dos negócios processuais e da conciliação em geral, que implicam uma actividade de tipo nitidamente jurisdicional na modelação das respectivas soluções. — Como sucede, por exemplo, com a enorme e também já referida expansão doutrinal, jurisprudencial e legislativa do moderno instituto da arbitragem irritual

sobre *lide temerária*; — e que ao combater a opinião contrária (sobretudo da exigência da «*res dubia*» *objectiva*), que como vimos lógicamente conduziria (segundo WINDSCHEID) ao *reexame* da situação controvertida e à anulação da transacção, nos termos indicados no texto e na nota antecedente, (ou seja, em caso de discordância entre o conteúdo da solução transactiva e a realidade da relação preexistente), o eminente processualista, naquela linguagem viva e impressiva que lhe é peculiar, lançou uma fórmula lapidar e muito citada pelos seus futuros adeptos, segundo a qual (neste caso), mais valia abolir pura e simplesmente a transacção do que sujeitá-la a um tal reexame (cf. por todos neste sentido, além de CARNELUTTI, cit. *Sulla causa della transazione*, na *Riv. Dir. Com.*, II, 1914, 581, VITERBO, cit. *La «res dubia» e la lite incerta nella transazione*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937, 230 e VALSECCHI, *o. c.*, 158, que ambos aludem neste ponto não só àquele eminente autor, como ainda à mencionada síntese clássica de WINDSCHEID, neste mesmo sentido muito citada como aludimos entre os autores italianos e alemães).

ou imprópria, da arbitragem judicial de equidade, da transacção em branco, etc., em que manifestamente avulta a alta importância dada pelos legisladores e autores modernos às soluções (arbitrais) de equidade, assentes nos acordos dos litigantes⁽²⁷³⁾.

— Em face igualmente, em segundo lugar, de certos pormenores ou detalhes da mais recente regulamentação positiva (ou pré-legislativa) de algumas das figuras ou institutos tradicionais da composição amigável. — Como sejam, a também já referida enorme expansão naquele duplo plano da nova modalidade da tentativa oficiosa de conciliação no decurso da causa, confiada, sob a égide do princípio da equidade, ao próprio juiz do processo ou a outros intervenientes no mesmo, como os consulentes técnicos do vigente direito processual italiano (art. 198.º do Código de 1940) e os peritos-árbitros muito generalizados na prática jurisprudencial francesa do primeiro quartel do presente século⁽²⁷⁴⁾. Apontados estes dois últimos por alguns autores recentes como os verdadeiros precedentes históricos imediatos da mencionada conciliação judicial oficiosa consagrada no segundo daqueles países a partir da Reforma de 30 de Outubro de 1935⁽²⁷⁵⁾, e no primeiro

(273) Vid. *supra*, 8-12 nota 6 e 18-22 e nota 12.

(274) Com efeito, já uma lei promulgada em França em 4 de Abril de 1927 (art. 6.º), visando a criação de novas receitas fiscais, se referia explicitamente a esta modalidade de conciliação, prescrevendo que «todo o acordo realizado no decurso do processo, no decurso ou em consequência duma peritagem ou de uma arbitragem devia ser objecto duma acta, a qual no prazo de um mês seria depositada com os demais documentos na secretaria do tribunal competente»; e que esta acta seria colocada à disposição da administração do Registo durante o prazo de 15 dias a partir do depósito». (Cf. VANLAER, *Le Décret-Loi du 30 Octobre 1935 relatif à La Procédure Civile*, Lille 1937, 57 nota 1).

(275) Assim, entre as várias manifestações da moderna expansão dos meios de composição amigável dos litígios, devem efectivamente

desde a promulgação do citado Código de 1940; e em que igualmente avulta a aludida e transcendente finalidade da justiça persuasiva, posta em relevo por alguns legisladores modernos em relação a este instituto como vimos suceder com PUTZOLU e GRANDI (276).

considerar-se alguns precedentes práticos e legislativos imediatos da conciliação oficiosa nalguns dos países em que esta modalidade foi recentemente adoptada. Como, por exemplo: em França, os peritos-árbitros referidos por VANLAER (*o. c.*, 24 ss e 57 ss.), segundo o qual o «gérmen» da conciliação no decurso do processo se encontra no hábito de «confiar aos peritos a missão de conciliar as partes, se isso for possível» (missão que eles desempenham, a maior parte das vezes, depois de terem procedido às suas investigações, nas quais as partes e os seus conselheiros encontram geralmente as bases de um acordo amigável que porá fim ao litígio antes que os mesmos peritos sejam levados a depositar o seu relatório») e os árbitros-relatores em matéria comercial citados por HÉBRAUD na sua já cit. *Réforme de la procédure civile*, na *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1936, 37 ss. e 59 ss., e outros autores; — na Itália, os árbitros-conciliadores já consagrados pelo artigo 402.º do Código de 1865, a atribuição de funções conciliatórias aos conciliadores, dentro da esfera da sua competência contenciosa, pela Lei de 16 de Junho de 1892 (art. 3.º), e, sobretudo, as arbitragens de equidade para a composição amigável dos litigantes (precedente este último expressamente referido no famoso *Relatório Grandi*, n.º 8, p. 19); — e, finalmente, em Württemberg os órgãos municipais de conciliação com funções consultivas já referidos (*supra*, 13 nota 6 e 39 s. nota 21).

(276) Do primeiro é, como frisámos acima no texto (*vid. supra*, 206), a altamente impressiva e bela síntese segundo a qual é através da conciliação que «a ideia divina da justiça se faz carne». — Do segundo são também claramente reveladoras do conceito transcendente da conciliação como uma *superjustiça*, não só a já citada afirmação de que o juiz como conciliador não abdica da sua alta função do *dicere jus*, como ainda a patente *assimilação* da conciliação judicial com a arbitragem de equidade do próprio juiz da causa, prevista no artigo 114.º

— E em consequência, por último, da minuciosíssima e significativa regulamentação do processo de conciliação preliminar (ou mesmo posterior) estatuída (ou projectada) em alguns países da mais evoluída civilização jurídica e social do nosso tempo. — Como ocorreu na Alemanha em relação à conciliação judicial preliminar obrigatória perante o *Amtsgericht*, dos já citados §§ 495.º e segs. da Z. P. O., após a Reforma de 3 de Fevereiro de 1924; na Itália, em relação ao já citado artigo 114.º do Código de 1940 e ao também já mencionado artigo 182.º do *Projecto Solmi*; e, finalmente, na França, não só com a reiterada consagração e valorização da conciliação judicial oficiosa, no decurso do processo, nas quatro últimas e importantes reformas processuais realizadas naquele país precisamente a partir de 30 de Outubro de 1935⁽²⁷⁷⁾, como ainda com a singularíssima disposição do artigo 75.º do *Anteprojecto da Comissão de Reforma do Processo da Associação Nacional dos Advogados Inscritos* de 1934⁽²⁷⁸⁾, que tão de perto inspirou

do Código Italiano de 1940 — Uma e outra afirmações culminadas por uma última síntese que plenamente as aglutina e clarifica: — à luz da qual, no fundo, com a conciliação judicial se procura alcançar o alto objectivo lógico e prático de eliminar a «estéril litigiosidade» (cf. *Relazione*, já várias vezes citada, no também aludido n.º 8, p. 19).

⁽²⁷⁷⁾ Trata-se das mencionadas reformas de 30 de Outubro de 1935, de 1 de Julho de 1944 e de 22 de Dezembro de 1958 (Dec. n.º 581 289) todas referidas por SOLUS no seu já citado escrito *Le Riforme della Procedura Civile Francese*, publicado na *Riv. Dir. Proc.*, xv, 1960, 14 ss.; e bem assim da reforma de 13 de Outubro de 1965, aludida no já mencionado *Etude du projet de Code Judiciaire — Faculté de droit de l'Université de Liège*, Haia 1966, 7 s.

⁽²⁷⁸⁾ Vid. *infra* 223 s., onde se reproduz integralmente o teor deste preceito. — Cumprindo salientar que se trata, como já se aludiu, do *Avant-Projet d'un Code de Procédure Civile* elaborado pela *Commission de la réforme de la procédure de l'Association Nationale des Avocats*

neste ponto e nas suas linhas gerais todas as mencionadas reformas ulteriormente promulgadas naquele país: — e em que explicitamente se previne a possibilidade de o conciliador, embora com o acordo das partes, promover e efectuar a mais ampla actividade instrutória.

O que tudo no seu conjunto, pela sua inequívoca inspiração e estruturação jurisdiccionalística, fere de base a razão essencial daqueles mesmos argumentos e críticas ⁽²⁷⁹⁾.

24. Assim, e cingindo-nos por agora apenas a uma breve referência a algumas destas últimas ordens de casos, sem querer de nenhum modo antecipar a fundamentação das conclusões da relativamente cuidada (ainda que muito incompleta) investigação doutrinal e de direito comparado que constituirá objecto da Parte II deste ensaio, basta para já recordar e sublinhar, no sentido das considerações que vimos de produzir e no tocante, em primeiro lugar, ao moderno direito processual italiano: — que, dum lado, o vigente Código de Processo Civil promulgado naquele país em 1940 consagrou expressamente a faculdade de o *próprio juiz* da causa poder ser investido pelas partes nas funções de *árbitro de equidade*

Inscrits, de que era presidente-relator JEAN APPLETON (também Presidente fundador da referida *Association Nationale*) — «Comissão» essa nomeada pela Assembleia geral da mesma associação, reunida em Nice em 3 de Abril de 1929. Acerca da história e significado da elaboração deste *Anteprojecto*, bem como de todo o movimento de reforma do direito processual francês posterior à promulgação do *Code de Procédure de 1806*, pode ler-se VANLAER (*o. c.*, 3 ss.) e o próprio *Relatório Appleton* que precede o mencionado *Anteprojecto* na ed. de DALLOZ — Paris 1934, 1-10.

⁽²⁷⁹⁾ Sem se dever esquecer, em relação ao século XVIII, o caso frisante da já mencionada e célebre legislação fredericiana de 1793 (cit. *supra*, 11-12 nota 6, 39 nota 21, 51 nota 36, 75 nota 70, 82 nota 71, e 90.

(art. 114.º do citado Código), funções essas que o legislador abertamente *assimilou* ou equiparou, nos seus objectivos essenciais, à tentativa officiosa de conciliação, a poder e dever ser efectuada pelo mesmo juiz em qualquer momento da instância (art. 185.º do mesmo Código); — e que, por outro lado, no supramencionado *Projecto Preliminar* italiano de 1937, que constituiu a principal e mais imediata fonte de inspiração do aludido Código de Processo Civil daquele país (projecto esse da autoria, como já referimos⁽²⁸⁰⁾, do eminente historiador do direito e então Ministro da Justiça do Governo de Mussolini, ARRIGO SOLMI), figurava um preceito — o também já mencionado artigo 182.º — segundo o qual a conciliação judicial officiosa (expressamente regulada no art. 161.º daquele mesmo Projecto), *devia ser renovada* pelo juiz da causa *após o encerramento da audiência de produção de prova.* — Preceito este que se nos afigura só não ter ficado no texto definitivo do aludido Código de Processo italiano de 1940, por ter sido considerado desnecessário ou redundante⁽²⁸¹⁾, uma vez que o já

⁽²⁸⁰⁾ Vid. *supra*, 4 nota 4, 14 nota 6, 37 nota 19 e 217.

⁽²⁸¹⁾ É esta, quanto a nós, nitidamente a opinião prevalecente na discussão do *Projecto* em referência, abertamente formulada, aliás, pelo *Tribunal de Cassação do Reino* e pelo *Sindacato Fascista dos Advogados e Procuradores de Turim* (nos pareceres emitidos por estas duas altas entidades da justiça e do foro italianos, em relação à disposição em análise, nas já cits. *Osservazioni e Proposte sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, Roma 1938, ano XVI, Istituto Poligrafico dello Stato-Libreria, v. II, 277-282). Considerando expressamente o referido *Tribunal de Cassação* «não parecer conveniente impor como regra, no encerramento da instrução, a reiteração da tentativa de conciliação, cuja oportunidade será de apreciar caso por caso pelo magistrado, seguindo a direcção estabelecida pelo artigo 161.º, § 3.º»; e sublinhando, por seu turno, o referido *Sindacato de Turim* ser «supérfluo» o preceituado no mencionado artigo 182.º em apreço, «se se considera firme o

referido preceito do art. 185.º desse mesmo Código (também consignado naquele Projecto sob o art. 161.º e reproduzido no Projecto definitivo sob o art. 163.º), permitindo ao juiz realizar a tentativa de conciliação na primeira audiência preparatória, mas estatuinto, na sua segunda parte, que «a tentativa de conciliação pode ser renovada em qualquer momento da instrução», implicitamente reconhecia (ou até impunha) aquela mesma possibilidade. — O que, à primeira vista, parece claramente inculcar que o legislador italiano teve a preocupação de que o juiz pudesse dispor, para terminar o processo *como conciliador*, exactamente dos mesmos elementos da matéria de facto, relativos ao conhecimento e apreciação da causa, que esta lhe podia oferecer para a decidir como juiz.

Mas também, e da mesma sorte, pelo que toca ao mencionado (e até há pouco vigente) direito processual alemão, se não pode deixar de sublinhar desde já, no mesmo sentido e uma vez mais (em confirmação do que, aliás, há pouco se anunciou) ⁽²⁸²⁾, que a tentativa de conciliação preliminar obri-

texto do Código que torna realizável esta tentativa em qualquer momento». — Sobre as outras duas correntes desenhadas na apreciação deste mesmo tema, uma que considerava desejável e muito útil a inserção deste preceito no futuro código (pareceres do *Tribunal de Apelação de Brescia* — Relatório do conselheiro BINETT — e do *Sindacato Fascista dos Advogados de Lecce* e da *Universidade de Pádua* — da autoria de SATTÀ); e outra que a considerou inadmissível (voz, todavia, isolada, embora autorizada, do parecer da *Universidade de Turim* — Relatório de RICCA-BARBERIS), vid. obra e vol. citados, 278, 282, 171 e 280, respectivamente. E vid. também *infra*, 221-231 (texto e notas) *passim* e 262; e *supra*, 4 s. nota 4, 51, 53-59 notas 39-42 e 97 nota 104.

⁽²⁸²⁾ Vid. sobre ambas estas reformas, além das já mencionadas referências das obras gerais dos autores alemães (como SCHÖNKE, *o. c. trad. cit.*, § 4.º, III, p. 23; ROSENBERG, *o. e trad. cit.*, § 4.º, II, 15 e 25 ss.,

gatória consagrada nos mencionados §§ 495.º e segs. da Ordenação Processual Civil alemã de 1877, (após a importante e conhecida Reforma de 13 de Fevereiro de 1924, neste ponto também revigorada pela Reforma de 27 de Outubro de 1933), está toda ela concebida e modelada como um *autêntico processo judicial* especial que na verdade é ⁽²⁸³⁾. — Pois decorre e é minuciosamente dirigido por um juiz de carreira, o *Amtsgericht* (juiz único) — embora com especiais características de simplicidade, celeridade, imediação, economia, etc., de textura essencialmente semelhante à dos processos sumários das legislações em geral; e reveste, sobretudo, a nota particular do carácter especificamente não vinculativo das «*sugestões*» ou «*propostas de acordo*» apresentadas ou enunciadas pelo juiz aos litigantes. — O que, além de estar rigorosamente na linha da tradição germânica, que remonta, como já acen tuámos, ao direito medieval alemão e ao mais próximo precedente dos famosos e já referidos Códigos processuais prus-

e *Suplemento (Nachtrag)* ao *Lehrbuch*, Berlim 1934, p. 3 e NIKISH, *o. c.*, 21 ss.), os vários estudos (também em parte já citados), publicados na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, nos anos de 1924, 1925 e 1934, da autoria de CALAMANDREI (*I processualisti tedeschi contro le recenti riforme del processo civile*, ano de 1924, I, 365 ss.); de MENDELSON BARTHOLDY (*Le recenti riforme del processo civile in Germania*, mesma cit. *Riv.*, 1924, 261 ss.); de GALGANO (*Sulla riforma del procedimento civile-Premesse* — ano de 1924, 136 ss.); de HEINSHEIMER (*La nuova legge processuale tedesca nell'applicazione pratica* — ano de 1925, 212 ss.); de CALAMANDREI (*L'opera de Francesco Klein e il processo civile austriaco* — ano de 1925, 80 ss.); e de CARNELUTTI (*Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione* — *Postilla*, *Riv. cit.* — ano de 1934, 289 ss.), ao lado dos também já citados estudos de NEUNER e de VOLKMAR (*supra*, p. 00), publicados na citada *Rivista* deste mesmo ano, a p. 58 ss. e 273 ss.

⁽²⁸³⁾ Vid. *supra*, 50-59, notas 35-41.

sianos de fins do século XVIII (nomeadamente a já mencionada Ordenação Judicial Geral de 1793 que explicitamente se refere, como mais de uma vez já acentuámos, às «*propostas concretas*» de acordo amigável apresentadas pelo juiz, como conciliador, às partes) ⁽²⁸⁴⁾; e igual e claramente se reflecte em vários e muitos outros significativos preceitos da recente legislação consignada na referida Reforma de 1924, do maior relevo para a apreciação e definição da estrutura arbitral de equidade desse processo. — Entre os quais importa, fundamentalmente, destacar: — quer o § 499, *c*) da Z. P. O. que preceitua que «no processo de conciliação o tribunal examinará a questão juntamente com as partes, apreciando livremente todas as circunstâncias da mesma e tratará de conciliá-las», que «para esclarecer os factos poderá proceder a uma inspecção, podendo igualmente praticar-se outras provas se puderem assumir-se sem dilação», e, finalmente, que o mesmo tribunal decidirá, se as testemunhas e peritos hão-de ser ouvidos com ou sem juramento; — quer o § 499, *b*), por força do qual o juiz como conciliador pode e deve rejeitar pretensões manifestamente infundadas («se desde o princípio — lê-se no citado preceito — a pretensão aparecer falha de perspectivas para prosperar»).

Por último, também se não pode nem deve esquecer ou subestimar, ainda pelo que toca à doutrina e ao direito estrangeiro, que alguns autores antigos e modernos (nomeadamente alemães, italianos e franceses), fazendo, aliás, franco proselitismo da transcendência da ideia da conciliação, falam mais ou menos explicitamente do processo conciliatório como de

(284) Cf. apud SCAMUZZI, *o. c.*, 61, 1.^a col.; MEYER, *o. c.*, v. V, 573 e MORTARA, *o. c.*, v. III, 21, todos citados *supra*, 5 nota 4, 11-12 nota 6, 36 nota 18 e 55 nota 39.

um *autêntico* processo de tipo *arbitral de equidade* ⁽²⁸⁵⁾, ou de *jurisdição voluntária* ⁽²⁸⁶⁾, ou até mesmo de *jurisdição contenciosa especial* de feição *paternalística, familiar ou popular* ⁽²⁸⁷⁾, admitindo francamente, em maiores ou menores limites, *produção de provas*, pelo menos de certas espécies (documental, pericial, etc.), *debates, interrogatórios às partes*, etc. ⁽²⁸⁸⁾. — Sendo a este propósito particularmente significativo, pela sua inequívoca e verdadeiramente inexcedível estruturação

⁽²⁸⁵⁾ Vid. neste sentido VISMARA, *Episcopalis audientia* cit., 6, 10 e 166 e BUŠEK, que no seu também já citado estudo *Episcopalis audientia, eine Friedens-und Schiedsgerichtsbarkeit*, publicado na *Zeitschrift der Savigny — Stiftung für Rechtsgeschichte (Kanonistische Abteilung)*, XXVIII, Weimar 1939, salienta, a p. 458, em relação ao direito antigo (louvando-se na conhecida obra de DÜLL, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht*, Munich 1937, 17) que no decurso do tempo a diferença entre o juiz e o árbitro *ex aequo et bono* se foi apagando o que encontrou expressão na fórmula latina *judex arbiterve* (Cf. também, no mesmo sentido, o que este autor refere a pp. 454, 462 e 473).

⁽²⁸⁶⁾ Vid., entre outros, CHIOVENDA, *Principi*³, Nápoles 1923, 322 e *Istituzioni*, II, Nápoles 1934, 21, LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1932, I, 266, CRISTOFOLINI, *Eficacia dei procedimenti di giurisdizione volontaria emessi da giudice incompetente*, in *Studi Chiovenda*, Pádua 1927, 404, CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., ed., 1941, Parte I, 86 ss., BORSARI, *o. c.*, 41 e também MORTARA, *Commentario* cit., III, 10 ss., o qual alude à orientação que atribui natureza de jurisdição voluntária à conciliação, orientação essa a que todavia não adere (cf. também *infra*, Parte II, Cap. I).

⁽²⁸⁷⁾ Vid. neste sentido, entre outros, MORTARA, *o. c.*, 11 ss., SATTA, *Parecer* cit., 171 e *Commentario* cit., I, 43 e II, 85, PATERI, *I conciliatori*, Roma 1912, 30, LA TORRE, *o. c.*, 192-194, BOURBEAU, já citada *Théorie de la procédure civile — De la justice de paix*, Poitiers-Paris 1863, 6, 12 e 23, e GUASP, *Comentarios à la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, v. I, Primeira parte, Madrid 1945, 9, 12 e 19; e vid. também *supra*, 56-58 nota 41 e *infra*, Parte II, Caps. I e II.

⁽²⁸⁸⁾ Cf. por todos MORTARA, *o. c.*, 21.

jurisdicionalística, o já referido *preceito-chave* do artigo 75.º do *Anteprojecto* francês de APPLETON, de 1934, que expressamente determinava, como salientámos (289), que o juiz poderia «com o consentimento das partes, dedicar-se a *todas as investigações*, proceder ou fazer proceder sumariamente e prontamente a *todas as averiguações* ou *medidas de instrução* próprias para *esclarecer o litígio*».

25. Mas podendo e devendo atribuir-se também neste aspecto ao nosso direito histórico, e sobretudo à nossa doutrina, lugar do mais destacado relevo.

Pois que, além do bem explícito *teor jurisdicionalístico* do já citado artigo 162.º do *Projecto de Constituição de 1821* (290), vários dos Deputados às Cortes de 1822 que intervieram na vibrante discussão desse importante e curioso projecto de disposição legal (291), aludem implícita ou expressamente à conciliação preliminar como a um *processo* em que, inclusivamente, também se prevê a *admissibilidade de produção de prova* (292). Sendo particularmente de assinalar, pelas suas explícitas e inequívocas ideias nesse sentido, os votos expressos pelos juristas PEREIRA DO CARMO, BORGES CARNEIRO, CAMELO FORTES, BORGES DE BARROS e outros que, com limpidez e vigor verda-

(289) Vid. *supra*, 217 nota 278.

(290) Integralmente reproduzido, como vimos (*supra*, 51 s. e notas 37 e 38) no *Diário das Cortes de 1822*, v. v, 14 e em LOPES PRAÇA, *o. c.*, 190.

(291) Vid. o mesmo vol. do cit. *Diário*, 120 ss.

(292) Cf. sobretudo e ainda o vol. v do mencionado *Diário*, 123, em que o Deputado FERREIRA DE MOURA alude expressamente à produção de prova *testemunhal* e *documental* no processo conciliatório previsto pelo citado artigo 162.º do *Projecto de Constituição de 1821* em referência.

deiramente notáveis para o tempo (em confronto com os mais eminentes processualistas de pendor jurisdicionalístico modernos) defrontam triunfantemente algumas das maiores dificuldades de formulação deste melindroso tema dentro da referida corrente de orientação.

E sendo igualmente de sublinhar a este mesmo propósito a circunstância de quase todos estes autores serem juristas e magistrados ilustres⁽²⁹³⁾, o que confere particular interesse e autoridade às suas opiniões: — na medida em que o exercício da função jurisdicional inculca, além do mais, que quando explícita e impressivamente invocavam em favor do seu apoio à consagração da conciliação judicial oficiosa e à feição jurisdicionalística que tendem a atribuir-lhe a sua *própria experiência de julgadores* falavam com inteiro conhecimento de causa⁽²⁹⁴⁾.

(293) Vid. os dados biográficos de todos estes autores na *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, e de alguns deles, como PEREIRA DO CARMO e BORGES CARNEIRO, nos próprios *Diários das Cortes*, I, 536, e IV, 3588.

(294) É o que fundamentalmente se passa com o Deputado PEIXOTO (*José Peixoto de Sarmento Queirós* — vid. *Diários* citados, v. I, 4), o qual impressivamente afirmava, entre outras coisas: — que a sua *experiência* lhe tinha *mostrado* que «a ignorância dos litigantes sobre a matéria controvertida ocasiona a maior parte das demandas», pois que «os conselheiros dos demandistas não querem de ordinário desenganá-los, nem compô-los»; — que lhe tinham passado pela mão «processos *absolutamente inúteis* para um, e outro dos litigantes»; — «processos que em *substância nada contêm*, e só servem de dar-lhes incómodo, e despesa e obrigar a custas, para no fim as pagar a parte vencida»; — e que tinha «visto processos, em que o *libello he inconcludente*; que *podião terminar* por se arrasoar contra elle»; mas que «essa prática, que a ordenação promovia acabou há muitos annos; e *por mais inepto e absurdo*, que o libello seja, he sempre contrariado, e *reduzido aos termos ordinários*».

— Circunstância que da mesma sorte imprime sentido e alcance verdadeiramente notáveis à referida formulação jurisdicionalística do problema na nossa antiga doutrina; posto que aparecem já enunciados nalguns dos referidos autores, com relativa precisão e nitidez de contornos e com larga antecipação sobre a maioria dos autores modernos, algumas ideias que só mais de um século após afloram e logram expressão doutrinal e lógico-sistemática (e por vezes até legislativa) na mais recente e autorizada doutrina processualística italiana e alemã: — como ocorre, nomeadamente, com a ideia, sem dúvida alguma transcendente e moderníssima na doutrina italiana, de que o juiz deve quanto possível, como conciliador, impedir a «estéril litigiosidade», ou seja, a prossecução dos pleitos judiciais que assentem em simples mal-entendidos ou em manifesta má fé ⁽²⁹⁵⁾.

⁽²⁹⁵⁾ Vid. por todos neste sentido, entre os mais autorizados juristas italianos deste século, MORTARA, *Commentario* cit., v. III, 2 ss. e 21 ss.; CARNELUTTI, *Sistema* cit., 173 ss.; GRANDI, *Relazione* cit., n.º 8, 19; CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, 1940, 88 e REDENTI, *Sul nuovo progetto del Codice di Procedura Civile*, Estrato dos *Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze* — Pavia 1935, 7 ss. e *Sulla riforma della Procedura Civile* — Apêndice à 2.ª ed. dos *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milão 1939, 62. E as seguintes e em parte já transcritas passagens do discurso do nosso aludido Deputado liberal PEIXOTO, em que é absolutamente manifesto que a directiva fundamental do conciliador deve precisamente ser, segundo este autor, o evitar a prossecução de «processos absolutamente inúteis para um e outro dos litigantes», de «processos que em substância nada contém», em que «o libello é inepto e absurdo», por meio «das ilustrações dadas pelos conciliadores que produzirão quase sempre o pretendido efeito». — Esclarecendo, significativamente, numa frisante e lisonjeira antecipação não só do indicado conceito de *estéril litigiosidade* como ainda do critério que levou (como vimos, *supra*, 215 e nota 274) à generalização da prática

E merece também desde já neste mesmo sentido, e no âmbito da nossa antiga doutrina, uma referência muito particular, a posição assumida perante este delicado debate pelo nosso insigne jurista e político SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, que CABRAL DE MONCADA considera e afirma ser «sem dúvida, o nosso mais ilustre, erudito e fecundo publicista da primeira metade do século XIX» (296). O qual, no seu notável e incessante labor dedicado à reforma da legislação portuguesa do referido período histórico (liberal), elaborou três curiosíssimos (se bem que hoje quase ignorados) «Projectos de Código», nos quais o instituto da conciliação preliminar aparece inequivocamente configurado e estruturado como um processo de feição arbitral de equidade não vinculativa, em que, inclusivamente, e de modo bem explícito, se prevêem e admitem *propostas concretas* do juiz conciliador para a composição do litígio e *produção de provas*.

Trata-se, em primeiro lugar, dos artigos 694.º, 695.º, 803.º, 804.º e 805.º dos *Projectos de Ordenações para o Reino de Portugal* (editados em Paris em 1831, pp. 316 e 344); em segundo lugar, dos artigos 291.º e 297.º do *Projecto de Código Geral de leis fundamentais e constitutivas d'uma monarchia representativa*, (igualmente editado em Paris, em 1934, 80 e ss.);

dos peritos-árbitros franceses nos começos deste século e à consagração do consulente-técnico no Código italiano de 1940, que «com os *bons juízes, quasi todos os pleitos, em que haja vestoria, terminão por transacção no acto della*»: e «porquê?» (pergunta o mencionado autor) — «Porque se juntão as partes com os louvados; diz cada um o que entende, e a não haver obstinação em algum dos litigantes, fácil é a conciliação; pois se assim acontece depois do pleito adiantado, melhor seria antes de haver começado» (o. c., 122, 2.ª col.).

(296) Vid. CABRAL DE MONCADA, *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal (1772-1911)*, Coimbra 1938, n.º 6, 32 ss.

e, por último, dos artigos 764.º e 776.º a 779.º do *Projecto de Codigo Politico para a Nação Portuguesa* (também edição de Paris, 1838, 236 e 238 ss.)⁽²⁹⁷⁾. — Sendo particularmente frisantes, a despeito de várias diferenças de pormenor relativamente secundárias⁽²⁹⁸⁾, as semelhanças de estrutura e até de formulação entre todos estes projectos (tomados no seu conjunto) e o supramencionado artigo 162.º do *Projecto de Constituição de 1821*.

Assim, o *Projecto de Codigo Politico* estatui no art. 776.º⁽²⁹⁹⁾ que «ouvidas pelo administrador (conciliador) as alegações de uma e outra parte», este «decidirá como entender de *equidade*»; e prescreve no art. 777.º⁽³⁰⁰⁾ que «não se conformando as partes com a *decisão* do administrador, poderá o autor levar a causa ao tribunal competente».

⁽²⁹⁷⁾ Cumpre sublinhar que estas e várias outras obras de SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA foram editadas em Paris, porque este eminente publicista e político liberal esteve vários anos desterrado naquela capital. No Prólogo do citado *Projecto de Codigo Geral de leis fundamentais e constitutivas d'uma monarchia representativa*, publicado em 1834, a p. VII (também reproduzido no *Manual do Cidadão em um governo representativo*, tomo III, da mesma data), informa o mencionado autor que a essa data fora condenado ao desterro pela 3.ª vez pelos «Seídas do absolutismo».

⁽²⁹⁸⁾ Essas diferenças dizem essencialmente respeito à natureza e composição da entidade encarregada de promover a conciliação: — na *Constituição de 1821*, o «juiz de fora», acompanhado de «dois assessores»; nos *Projectos de Ordenações de 1831*, um «juiz de paz», que será o «juiz do Bairro» (art. 694.º); no *Projecto de Codigo Geral de 1834* um «júri» (arts. 287.º e 295.º); no *Projecto de Codigo Politico de 1838* um «administrador da Freguesia, do Bairro ou da Municipalidade» (art. 763.º).

⁽²⁹⁹⁾ A p. 238.

⁽³⁰⁰⁾ *Ibidem*.

Por seu turno e paralelamente, o *Projecto de Codigo Geral* determina no artigo 295.º que «à vista das razões alegadas por uma e outra parte e das *provas* de testemunhas, ou de documentos, se as partes e os juizes julgarem conveniente entrar nessa dedução, o júri» (visto que neste *Projecto* a entidade conciliadora é plural e tem esta designação) «*decidirá* se a pretensão do autor lhe parece ou não *bem fundada*»; pormenorizando o artigo 296.º que «se o júri seguir a negativa e o autor se conformar com essa decisão ou se, seguindo a afirmativa, *declarar as condições da conciliação*, e as partes concordarem em as aceitar, será lavrada a *sentença* em conformidade desse *comum acordo*, e desde então terá *força de caso julgado*»; acrescentando, por último (art. 297.º), que «se porém uma das partes não *aquiescer à decisão* do júri, o presidente do tribunal fará ajuntar os autos desse processo de conciliação para que no seguimento do litígio a parte contrária possa oportunamente fazer valer a bem do seu direito, e como *circunstância agravante*, a relutância daquele, que se não houver prestado à conciliação». — Note-se, num parêntesis, que a locução «*não aquiescer à decisão*» é exactamente a mesma que se lê no citado artigo 162.º da *Constituição de 1821* e no também já citado artigo 283.º da *Constituição de Cádis*, que oportunamente apontámos como inspirador das nossas primeiras constituições liberais ⁽³⁰¹⁾.

E pelo que toca à produção de provas na tentativa conciliatória obrigatória, que estes três *Projectos* apontam como *modelo* a seguir pela legislação liberal portuguesa, cumpre referir, além do já citado artigo 295.º do *Projecto de Codigo*

⁽³⁰¹⁾ Vid. *supra*, 52 nota 38. E recorde-se que do teor dos dois indicados preceitos resulta efectivamente uma alusão directa à *decisão* do conciliador e à *aquiescência* ou *não aquiescência* dos litigantes.

Geral ⁽³⁰²⁾ :—o artigo 803.º dos *Projectos de Ordenações* (p. 344), que também explicitamente menciona as provas «sumárias, documentais ou testemunháveis», em que o réu «pretende fundamentar o seu direito ou defesa; — e o artigo 778.º do *Projecto de Código Politico*, que da mesma sorte consigna que «na audiência de conciliação serão admitidas unicamente as partes, seus advogados e procuradores», mas que «se alguma das partes, ou qualquer pessoa *chamada a depor* não souberem explicar-se na língua vulgar, o presidente do tribunal lhe nomeará *de officio* um intérprete quando a parte ou a *testemunha* não tenham apresentado para esse fim alguma pessoa da sua confiança» ⁽³⁰³⁾.

⁽³⁰²⁾ Que, como vimos, expressamente admite «provas de testemunhas e de documentos».

⁽³⁰³⁾ E não deixe desde já também de se sublinhar um curioso pormenor relativo à vida política deste eminente autor que, de algum modo, pode ajudar a explicar a vincada tendência e estrutura jurisdicionalista da conciliação por ele preconizada nos seus indicados *Projectos legislativos*. — É que, sendo, quanto a nós, BENTHAM o autor que mais terá concorrido para a modelação e expansão da visão jurisdicionalista da conciliação moderna (como oportunamente procuraremos demonstrar — *infra*, Parte II, Cap. II) e que muito possivelmente terá influenciado neste mesmo sentido os nossos legisladores liberais, nomeadamente os já aludidos deputados das Cortes de 1822 (mercê da oferta às mesmas Cortes de todas as suas obras e, conseqüentemente, da primeira versão inglesa da já citada *De l'Organisation judiciaire*, publicada em 1791, como tudo já acentuámos, *supra*, 5 nota 4 e 117-119 nota 138), sucede que SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA era ao tempo o Ministro dos Negócios Estrangeiros do Governo liberal, por cuja Secretaria de Estado passava toda a correspondência trocada entre BENTHAM e as nossas referidas Cortes. — O que claramente decorre duma alusão das *Resoluções e Ordens das Cortes* de 22 de Março de 1822, nas quais o então secretário das mesmas Cortes, JOÃO BAPTISTA FELGUEIRAS, faz ao referido Ministro a expressa recomendação de providenciar no sentido de serem urgente-

26. Mas cumpre, todavia, e uma vez mais, sublinhar, que se não obstante os impressivos exemplos que acabámos de referir nos ativermos à doutrina nacional e estrangeira mais representativa e especializada nesta matéria — e sobretudo aos mais recentes e elaborados estudos monográficos do presente século, tanto nos domínios do direito civil como do direito processual civil⁽³⁰⁴⁾ —, teremos de reconhecer, ou somos à primeira vista tentados a supor, como se salientou no começo do número antecedente, que, na linha geral das suas construções, a grande maioria dos autores do nosso tempo (especial-

mente remetidas ao famoso filósofo-jurista inglês uma carta de 3 de Dezembro de 1821 (já referida *supra*, cit. nota 138, p. 118) e as Actas das sessões das *Cortes Gerais*, semanalmente enviadas à referida Secretaria de Estado, que aquele se empenhava em conhecer e estudar como base essencial dos diplomas e códigos que se propunha elaborar para oferecer ao nosso País (vid. *supra*, cit. nota 138, p. 119 e citados *Diários das Cortes*, v, 584, 2.ª col.).

Mas, que o nosso referido e famoso jurisconsulto PINHEIRO FERREIRA conhecia, pelo menos, a versão francesa da mencionada obra de BENTHAM, a partir de 1829, não resta a menor dúvida, dado que ele próprio abertamente o declarou na *Advertência* dos seus *Projectos de Ordenações para o Reino de Portugal*, tomo I, Paris 1831.

E quanto à apontada influência do famoso filósofo-jurista na modelação e expansão no direito moderno da visão jurisdicionalística da conciliação consagrada nos referidos *Projectos* de SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA (bem como no *Projecto de Constituição de 1821*), deve ainda sublinhar-se que os já indicados vocábulos *aquiescência* e *aquiescer*, que igualmente, como há pouco vimos (*supra*, 229 e nota 301), aparecem na *Constituição de Cádiz* (cit. art. 283.º) — para traduzir a *adesão das partes* às condições da solução conciliatória *sugeridas pelo conciliador* — são também explicitamente usadas por BENTHAM na referida versão e tradução francesa daquela sua notável obra (cf. p. 174).

(³⁰⁴) Sobre a transacção e a composição processual, respectivamente.

mente civilistas), parece tender decididamente para uma orientação de base contratualista, tanto da transacção, como da conciliação⁽³⁰⁵⁾. — Pois que os mesmos referidos autores, ou nem sequer formulam directamente a questão do tipo de controle a exercer pelo juiz na conciliação e nos negócios processuais em geral, resolvendo-a implicitamente, por via dessa omissão, no sentido da teoria tradicional de pendor marcadamente dispositivo ou contratualista⁽³⁰⁶⁾, (que no essencial subscrevem, e conduz logicamente, como vimos, a um mero controle formal); ou os muito poucos⁽³⁰⁷⁾ que porventura abertamente a defrontam, é para lhe darem solução consentânea com aquela mesma visão tradicional das figuras em análise, que remonta ao já citado *monismo* típico do direito romano e do direito comum⁽³⁰⁸⁾ — negando de todo em todo

(³⁰⁵) Embora quanto a esta última haja, por vezes, autores que, pelo menos sob alguns aspectos, sistematicamente a integram numa outra categoria: assim, por exemplo, FERRARA SANTAMARIA (*o. c.*, 162) e GIORGIANNI (*o. c.*, 28 e 29) e GUASP (*o. c.*, 9), que consideram a transacção como uma forma de autocomposição e a conciliação como modalidade de heterocomposição dos conflitos de interesses.

(³⁰⁶) Posto que, como já salientámos (*supra*, 60 nota 47), os próprios defensores das teorias chamadas *declarativas* da transacção e dos negócios processuais assentaram em princípio as suas soluções no *poder dispositivo* da vontade individual (como STOLFI, *o. c.*, 132; GIORGIANNI, *o. c.*, 20 notas 74 e 75, 21 nota 76 e 23; CARRESI, *o. c.*, 53, e COSATINI, *o. c.*, 84 ss., todos citados *supra*, 172 nota 213 e *infra*, 236 nota 312). E vid. também *infra*, Parte II, Cap. II.

(³⁰⁷) Com efeito, entre as várias dezenas de autores consultados, apenas uma escassa meia dúzia põe abertamente (embora por vezes muito fugidamente) o problema em foco, como LIEBMAN, CARRESI, PUCINI, BUTERA, LANCELLOTTI e DENTI, *obs. cits.*, *supra*, 172 nota 213 e *infra*, 234 nota 310 e 251 nota 330.

(³⁰⁸) Vid. em especial KRETSCHMAR (*o. c.*, 222) que sublinha esse *monismo* de base contratualista dos direitos em referência, salientando

a possibilidade do exercício de um controle substancial e preliminar das referidas figuras por parte de qualquer conciliador, inclusive o próprio juiz da causa, quando actua especificamente nesta qualidade.

Ora, entre estes últimos autores, podem apontar-se como particularmente frisantes, quer no sentido de negarem a possibilidade do referido controle do juiz sobre a *correspondência* entre o conteúdo das soluções transactivas ou conciliatórias e a situação preexistente, quer em repelirem decididamente a dupla consequência lógica que desse hipotético controle em princípio decorre — a *recusa* de homologação e a *anulação* por falta de causa ou de objecto das soluções transactivas ou conciliatórias que se afastem da referida situação preexistente, quando esse afastamento ou incorrespondência venha mais tarde a reconhecer-se — dois dos mais modernos, categorizados e esforçados cultores italianos deste delicado tema: — um que quanto à já mencionada ⁽³⁰⁹⁾ e árdua disputa sobre o problema, em certa medida paralelo, da eficácia constitutiva (e dispositiva) ou declarativa dos negócios processuais em geral, segue uma orientação vincadamente do primeiro tipo — LIEBMAN; e outro que quanto a este mesmo problema perfilha uma orientação de base essencialmente declarativista — CARRESI ⁽³¹⁰⁾.

que em qualquer deles a composição ou conciliação nada mais representa que a *transposição* pura e simples do conceito tradicional dispositivo da *transacção civil* para o *campo do direito processual*.

⁽³⁰⁹⁾ Vid. *supra*, 34-38 notas 19-20, 47 nota 30 e 59-69 notas 46-58.

⁽³¹⁰⁾ Vid. LIEBMAN, já cit. *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1932, 284 e CARRESI, *o. c.*, 19 ss. e 53 ss. Cumprindo salientar que no sentido do primeiro, embora menos explicitamente, podem citar-se também: PUCCINI, cit. *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milão 1958, 207 nota 65, o qual, aludindo em

Merecendo-nos ambos estes autores desde já, no esquema desta Parte I do presente ensaio, de quase mera introdução ao problema posto dos poderes e deveres do juiz na conciliação judicial, (em que procuramos ganhar uma primeira, embora muito breve, visão panorâmica da posição da dogmática publicística moderna perante o nosso tema e traçar e definir uma linha de rumo para a ulterior exposição), uma particular referência, pelas seguintes ordens de razões:

O primeiro porque, a despeito de ser absolutamente peremptório no indicado sentido constitutivo (e portanto con-

especial à jurisprudência italiana mais recente (uma sentença do *Tribunal de Apelação de Génova*, de Agosto de 1948, que declarou insusceptível de recurso — «insindicável» — a solução conciliatória do processo com o fundamento na *incorespondência* dessa solução com a realidade concreta da situação controvertida) se manifesta plenamente de acordo com essa orientação jurisprudencial; e DENTI que nos seus *Profili dell'intervento del giudice nella conciliazione* (in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1961, 16 ss.), por sua vez sublinha, de uma forma clara e peremptória, quanto à conciliação em geral, a orientação clássica do controle *meramente formal* (ou *documentador*) do conciliador: — deixando, porém, vagamente esboçada uma tentativa de fundamentação lógico-sistemática e positiva da directiva contrária (do controle *substancial* do juiz, com vista a obter uma composição *equitativa*) da conciliação judicial (cf. *o. c.*, 21 ss. e 23 ss. e *infra*, Parte II, Capítulos I e II, onde se voltará ao assunto com um pouco mais de detalhe). — Quanto a CARRESI (*o. c.*, 19 e 53 ss.), cumpre acentuar que este autor é, ao lado de CARNELUTTI, um dos mais operosos cultores do tema da transacção e dos negócios processuais em geral, que como aquele referido autor sofreu também uma profunda evolução no seu pensamento: como ele próprio desassombradamente confessa na recente 2.^a ed. (Turim 1956) da sua *La Transazione*, quer ao repudiar em grande parte as opiniões em geral sustentadas nos seus primeiros escritos (vid. *o. c.*, p. 2), quer ao taxar como já vimos de absurda a tese da aleatoriedade da transacção, também por ele sustentada num desses seus primeiros estudos (*o. c.*, 108 nota 1).

tratualista e dispositivo) das figuras em análise, — afirmando, em perfeita consonância com esse seu arreigado pendor, que «a composição amigável extrai a sua eficácia do consentimento dos litigantes e não da sua qualidade de ser mais ou menos conforme à justiça», e que por isso ao juiz é tolhida toda a possibilidade de impedir a formação da composição em termos que lhe parecerem injustos se agradam pelo contrário às partes» —, todavia, já reconhece e admite (um tanto contraditoriamente, é certo, com aquele ponto de partida), que «a afirmação de CARNELUTTI de que a composição amigável deve ser uma *justa composição* contratual da lide, pode ser compartilhada apenas enquanto exprime uma *tendência*, enquanto manifesta o *desejo do legislador* (que acompanha de facto, por vezes, a expressão «composição» com o atributo «equitativo») (311) de que o juiz, ao promover o acordo entre as partes, as induza a conciliar-se, *aproximando-se quanto possível da solução querida pela lei*. — O que, quanto a nós, em ordem ao objectivo indicado de procurar ou tentar colher uma visão panorâmica da moderna dogmática do problema (e não obstante reconhecermos que o mencionado autor quis deliberadamente, e em primeira linha, acentuar no estudo em referência a visão contratualista da conciliação e figuras afins) (312) contém já, inegavelmente, uma *perspectiva* juris-

(311) Vid. autor e *o. c.*, 284.

(312) Pois que LIEBMAN é em geral (e com razão) apontado como um dos mais estrénuos defensores da *teoria constitutiva* da transacção e dos negócios processuais em geral. — A ponto de negar, como já sublinhámos (*supra*, 126) e oportunamente se verá mais em detalhe (confronte *infra*, Parte II, Caps. I e II), toda e qualquer legitimidade dogmática ao conceito germânico de *negócio certificativo*, exactamente porque na teoria dominante na Alemanha esta categoria negocial é fundamentalmente caracterizada por envolver *intenção declarativa e efeito eventual*.

dicionalística da maior importância prática (e até dogmática) no plano da doutrina em geral e do direito italiano em particular.

Uma vez que o reconhecimento de uma tal directiva, *tra-*

mente constitutivo. — Conduzindo deste modo, no plano da conhecida disputa acerca da natureza *causal* ou *abstracta* do negócio declarativo, à noção de uma *mera abstracção processual* (e não material), com a consequência prática (no campo processual) da *inversão* do ónus da prova e no terreno substancial de uma *mera presunção* de causa, e, portanto, da *invalidade* por falta de causa (ou, pelo menos, da *anulação* por enriquecimento injusto — *condictio indebiti*), quando o teor do negócio certificativo *se afastar do conteúdo concreto* da situação preexistente (ou relação fundamental, na mais recente tecnologia alemã e italiana). E o referido autor usa até (como já acentuámos, *supra, ibidem*) de um comentário drástico contra esta concepção, aliás, aceita hoje, mais ou menos amplamente, por muitos outros autorizados autores italianos, mesmo em matéria de transacção e de conciliação, como CARNELUTTI, STOLFI, CARRESI (*obs. ult. cit.*, 4, 135 e 98, respectivamente) e por último COSATINI (*Il riconoscimento del figlio naturale*, Pádua-Cedam 1942, 84 ss.): — considerando que «nada é tão longínquo da intenção das partes do que a ideia artificiosa de um acto de conteúdo declarativo mas com eficácia constitutiva»; e que este «fruto orgulhoso da doutrina mais recente é um produto da fantasia audaz e refinada dalguns escritores alemães, mas distante da realidade da vida», digno de figurar entre os resultados mais brilhantes mas mais inservíveis da especulação intelectual abstracta»; que «bem longe de nos fornecer (conclui o mencionado LIEBMAN) um guia entre os meandros tormentosos de uma floresta selvagem não consegue poupar o intérprete a um inextrincável labirinto casuístico» (*o. c.*, 280).

Vid. também sobre a conhecida e saliente posição de LIEBMAN neste debate, no sentido por nós indicado, todos os autores que tentam esboçar um quadro classificativo das doutrinas dominantes nesta matéria. — Entre os quais sobressaem STOLFI, numa primeira e sugestiva contraposição entre a doutrina italiana, de *pendor geral declarativo*, e a doutrina alemã de *feição dispositiva* (*o. c.*, 134 ss.), CORRADO, que reparte

çada pelo legislador para a conduta do juiz como conciliador, não pode deixar de traduzir-se, conceitual e realisticamente, num factor moral, social e psicológico de decisivo interesse e importância para que aquele sinta o *imperioso dever* de orientar quanto possível os litigantes no sentido da observância voluntária do direito objectivo; e para que estes, por seu turno, em vez de se conciliarem espontaneamente, de qualquer maneira e a todo o transe, apenas entregues um ao outro, longe das vistas e de qualquer intervenção activa e construtiva do juiz, procurem também, sempre que possível, *auscultar* antecipadamente o *pensamento* deste último sobre a causa, e só aceitem assim, em princípio, uma composição amigável que, na base da sua acção *orientadora e clarificadora* ⁽³¹³⁾, se aproxime da solução legal, embora corrigida pela *equidade*.

as orientações doutrinárias correntes nesta matéria em dois grandes grupos (teorias *declarativas e constitutivas*), subdividindo estas últimas em concepções de *base processualística* e concepções de *conteúdo substancial* ou de *direito material* (*o. c.*, 37 ss. e 74 ss.), e, por último, CARRESI, que divide as doutrinas em três grandes grupos, com base no critério essencial do modo como o negócio certificativo opera sobre a relação jurídica preexistente, a saber: — ou actuando *directa e imediatamente* sobre uma situação jurídica *incerta* (teorias *declarativas*); ou operando a eliminação da incerteza mediante a *substituição de uma situação certa à situação incerta*; ou, finalmente, operando a referida *eliminação* mas tão-só de *forma mediata*, através da *obrigação* que as partes assumem de entenderem tal situação de harmonia com a regulamentação *entre elas convencionada* (*vid. autor e ob. cit.*, 79 ss., 84 ss. e 88 ss.).

⁽³¹³⁾ Cfr. a este propósito, com particular nitidez, ROSENBERG (*o. c.*, § 58, II, 6, 180); e sobretudo SCHÖNKE, que no seu conhecido *Tratado* põe em particular relevo (enquadrando-se sobretudo nos objectivos do *princípio da imediação* moderna e da *função responsável do juiz* no resultado justo ou injusto do processo) a importância que os esclarecimentos prestados pelo juiz assumem na resolução e no conteúdo da

O segundo, pela circunstância de nos oferecer e inculcar claramente em certos passos da sua mais recente e importante monografia (a já citada *La Transazione*), não obstante o indicado pendor declarativista que nesta obra pretende sustentar — uma imagem mais do que incompleta, profundamente *inexacta e infiel* do estado da doutrina (sobretudo processualística) italiana sobre o presente tema, que primacialmente e por múltiplas razões nos interessa conhecer. — Afirmando, a propósito da opinião expressa por CARNELUTTI no *Sistema* e nas *Istituzioni*, (obras em que este eminente autor abertamente preconiza — e pelo menos com o maior vigor e nitidez na primeira, como já acentuámos — a necessidade e oportunidade do controle substancial do juiz na conciliação), por um lado, que «ninguém sèriamente sustentou no direito italiano a opinião de que o juiz não é um simples pacificador e de que deve cooperar na estipulação do acto da conciliação, a fim de que esta corresponda a determinados critérios de que só ele é depositário»; e, do mesmo passo, que «não sòmente não resulta da lei italiana que se tenha entendido atribuir ao juiz, seja embora em nome de uma superior justiça, uma fiscalização sobre o mérito do acordo, mas se deve antes, com plena tranquilidade, excluí-la»; asseverando, por outro lado, — aqui, com expressa citação do n.º 59 do mencionado *Sistema* de CARNELUTTI: — «que exactamente por isso tem sido observado que o juiz que concilia as partes age em presença destas como um *mediador*, pois que a sua acção se

solução conciliatória adoptada pelos litigantes (cf. *o. c.*, 33, 197 e 297). — Vid. também neste sentido o que o nosso já mencionado Deputado liberal PEIXOTO referiu acerca do efeito que as *instruções* feitas pelo juiz conciliador às partes podem lograr, no sentido da sua pacificação, levando-as à composição amigável do litígio (cf. *Diário das Cortes*, v. cit., 122 e *supra*, 225 nota 294).

desenvolve *fora e não na substância do contrato que elas estipulam*»⁽³¹⁴⁾.

Ora, porque esta visão do panorama geral e actual da doutrina italiana (que por múltiplas razões nos interessa fielmente conhecer) se nos apresenta na indicada versão oferecida por CARRESI, como referimos, profundamente inexacta (tendo sobretudo em conta que este autor alude, como vimos, explicitamente à doutrina italiana em geral, e pretende, além disso, interpretar e integrar o pensamento de CARNELUTTI expresso nas duas referidas obras na orientação dominante dessa mesma doutrina); — e sendo ainda certo que aquele referido e eminente processualista, no decurso (e a cerca do meio) da sua longa caminhada de 40 anos de fecundo labor dedicado ao tema deste ensaio⁽³¹⁵⁾ (e após ter abandonado a sua primitiva posição radicalmente contratualista, perfilhada na já referida e famosa nota de jurisprudência crítica — *Sulla causa della Transazione*, escrita em 1914)⁽³¹⁶⁾, trouxe precisamente nestas suas duas obras citadas por CARRESI⁽³¹⁷⁾, e em

⁽³¹⁴⁾ CARRESI, *o. c.*, 19 nota 2, n.º 12.

⁽³¹⁵⁾ Vid. *supra*, 122 e nota 145.

⁽³¹⁶⁾ E publicada, como já se referiu, na *Riv. Dir. Comm.* daquele ano (II Parte, 573 ss.), a qual tão forte repercussão logrou, aliás, na doutrina italiana até ao presente momento: — como claramente decorre dos numerosos e categorizados autores que seguiram, e ainda hoje tentam seguir, neste ponto o mencionado e eminente processualista. — Entre os quais se contam: — FLUMENE, *Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile*, 1928, 16 ss.; GROPALLO, *La natura giuridica della transazione* (in *Riv. Dir. Civ.*, 1931, 321); NICOLÒ, *Transazione cit.*, 57; GUICCIARDI, *Le transazione degli enti pubblici* (in *Arch. Dir. Pub.*, 1936, 78 ss.); VITERBO, *La «res dubia» a la lite incerta nelle transazione* (in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1937, 220 ss.); CORRADO, *Il negozio di accertamento cit.*, 271, e GIORGIANNI, *Negozi d'accertamento cit.*, 75.

⁽³¹⁷⁾ Mas sobretudo no *Sistema*, de princípio tão desfavoravelmente apreciado por este autor (como passará a ver-se no texto), mas

especial na primeira (e em outras com elas estreitamente relacionadas) ⁽³¹⁸⁾, uma das mais vigorosas e brilhantes contribuições doutrinárias do presente século à *tese jurisdicionalística* da conciliação no direito moderno, que neste estudo nos propusemos demonstrar — julgamos do maior interesse e oportunidade para os apontados fins e para a sequência da exposição desta primeira parte introdutiva do presente estudo, começar por tentar desfazer um tal equívoco da interpretação de CARRESI, em face do próprio pensamento expresso por CARNELUTTI nas suas referidas obras, sublinhando o alto e genuíno significado jurisdicionalístico que elas em nosso entender encerram no panorama geral do pensamento italiano e europeu contemporâneos ⁽³¹⁹⁾.

a cuja linha fundamental de pensamento vem, afinal, em certa medida a render-se, como oportunamente também se verificará. — Vid. a este propósito, em especial, a estruturação marcadamente jurisdicionalística que CARRESI imprime ao seu conceito de transacção *própria* ou *declarativa*, em oposição aos conceitos de transacção *novativa* e *constitutiva* (o. c., 108 ss. e 112 ss.), e outros aspectos que a seu tempo serão ventilados.

⁽³¹⁸⁾ Vid. *supra*, 193 nota 239 e *infra*, 242 nota 321.

⁽³¹⁹⁾ Assim, cumpre ainda acentuar que o interesse de dar o maior relevo à posição doutrinária assumida por CARNELUTTI, sobretudo no *Sistema*, para o exacto conhecimento da doutrina italiana moderna, resulta ainda das duas posições, até certo ponto contraditórias, definidas por PUCCINI na extensa análise feita do pensamento deste autor no seu já referido *Contributo allo studio dell'accertamento privato*. — Pois que, por um lado, ao marcar a posição deste autor perante a figura do negócio certificativo, sublinha e divide a evolução do seu pensamento desde *uma primeira fase*, em que exprime as suas intuições acerca do problema, em torno das relações entre os conceitos de documento e de negócio jurídico — traduzida sobretudo no escrito publicado pelo eminente processualista em 1926, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, (v. cit., 181 ss.), sob o título *Documento e negozio*; e *uma segunda*

27. A isto acrescento, entre outros vários e ponderosos motivos que a seu tempo serão explanados: que a límpida e bem fundamentada formulação de CARNELUTTI nas referidas obras se remete, por um lado, a razões históricas, doutrinárias e lógico-positivas altamente relevantes para a interpretação do direito italiano e da generalidade dos direitos europeus actualmente em vigor; — ter o eminente autor seguramente influenciado, por um lado, o sistema de conciliação adoptado na última legislação processual do seu país — com a feição tão marcadamente jurisdicionalística ou arbitral de equidade (³²⁰),

fase, mais evoluída do pensamento do mesmo autor, expressa na tese declarativista do negócio certificativo por ele defendida no muito citado e apreciado estudo publicado naquela mesma *Revista* sob o título *Note sull'accertamento negoziale* (v. de 1940, I, 115 ss.): sem fazer, porém, qualquer alusão à posição decisiva que entre estes dois escritos é precisamente marcada pelo *Sistema*, como inequívoca expressão duma visão nitidamente declarativa dos negócios processuais em geral — que em todos os mencionados escritos são integrados e reconduzidos à supracitada figura central do negócio certificativo. Mas, por outro lado, não deixa de sublinhar, precisamente a propósito da conciliação, que CARNELUTTI, descrevendo no *Sistema* e nas *Istituzioni* a função do juiz em *veste de conciliador* como tendente a uma composição *equitativa* ou a uma composição *justa* da lide, assume uma posição «diversa dos outros autores», que é em sua opinião «sobremaneira importante pelas intuições e os desenvolvimentos que em si contém» (cf. PUCCINI, *o. c.*, 56 ss., 61 ss. e 113 nota 446, respectivamente).

(³²⁰) Procuraremos, dentro em pouco, referir no texto alguns passos do já várias vezes citado *Relatório Grandi*, em que se nos afigura perfeitamente nítida a atribuição de natureza *arbitral de equidade* (embora *não vinculativa*) à conciliação judicial no decurso da causa e orientada pelo juiz, por parte do Código de Processo Civil italiano de 1940. Sendo absolutamente evidente que o legislador italiano, ao permitir o exercício deste tipo de arbitragem (de equidade) *ao próprio juiz da causa* (art. 114.º do referido Código), quis deliberadamente con-

que não só no referido *Sistema* e nas *Istituzioni*, mas em vários outros escritos anteriores e posteriores, relativos à reforma do processo civil em Itália, bem nitidamente acentuou ⁽³²¹⁾; — e, finalmente, revestir a apontada posição doutrinária de CARNELUTTI também para a interpretação do nosso próprio e actual sistema legislativo o mais flagrante interesse e oportunidade, sobretudo pela já aludida razão de o legislador processual português de 1939, por um acaso e em circunstâncias verdadeiramente singulares ⁽³²²⁾, ter consagrado, delibe-

ceder-lhe uma faculdade que tem a mais estreita relação com a função conciliatória que lhe é atribuída e se acha definida no artigo 185.º — Com efeito, a *assimilação* entre as duas atribuições ou funções (de conciliador e de *árbitro de equidade*) hoje cometidas ao juiz italiano é como aludimos (*supra*, 164 nota 205 e 192 s. nota 239) absolutamente *patente* no supramencionado *Relatório* (cf., em especial o n.º 8, 19 ss.), como aliás no momento oportuno melhor se procurará demonstrar.

⁽³²¹⁾ Designadamente, nos *Appunti sul procedimento di cognizione secondo il progetto Solmi*, (in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937, 273), no *Intorno al progetto preliminare del Codice di procedura civile*, Milão 1937, 119 (escrito este último que reúne os *pareceres* conjuntos da *Faculdade de Direito e do Sindicato dos Advogados de Milão* elaborados por CARNELUTTI sobre o mencionado *Progetto Preliminare* da autoria de SOLMI), e já antes, e muito impressivamente, nos *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione* (publicados naquela citada *Rivista*, 1929, I, 3 ss.) que constituem, como CARNELUTTI salienta, uma verdadeira *exposição de motivos* do seu *Projecto de 1926* (cf. *ibidem*), sem se dever tão-pouco esquecer a breve alusão ao mecsmo requisito também já constante do escrito *Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione* (igualmente publicado na mesma *Rivista*, I, 1934, 289 ss.). E vid. também *supra*, 117 nota 138 e 193 nota 239.

⁽³²²⁾ Diga-se, num parêntesis, que a referida singularidade consistiu neste caso no seguinte: — em ter sido de certo modo pela mão do membro da *Comissão Revisora do Código de Processo Civil de 1939* que no seio desta Comissão mais tenazmente combateu e se opôs à

rada e *explicitamente*, a referida concepção jurisdicionalística daquele eminente autor, com a adopção da impressiva fór-

consagração nesse Código da conciliação, em qualquer das suas modalidades (preliminar e no decurso do processo), por não acreditar nem na sua utilidade nem na sua razoabilidade — que acabou por se introduzir nesse mesmo Código a mais moderna e expressiva formulação técnico-legislativa do pensamento transcendente de base jurisdicionalística deste instituto, inspirado directamente nas já referidas obras de CARNELUTTI em que este eminente autor definiu vigorosamente tal pensamento (vid. *supra*, 193 nota 239, 238-242 e notas 315, 318 e 321); e em ter acabado assim por se regressar também, um tanto imprevista e inconscientemente, ao que nos parece constituir uma tradição nacional de incontestável valia e interesse que vinha da época liberal e anterior, a qual, porém, na elaboração e apreciação crítica do Código de 1876 parece ter sido totalmente perdida e esquecida, quer no pensamento dos seus autores quer dos seus comentadores (vid. *supra*, 116-119 e nota 138).

Deu-se, na verdade, o feliz acaso de, poucos meses antes do momento em que entre nós se discutia o art. 450.º do *Projecto de Alberto dos Reis* (que explicitamente consagrava na legislação processual em gestação a conciliação judicial oficiosa, que já vinha do Dec. n.º 12 353), CARNELUTTI ter publicado na *Riv. Dir. Proc. Civ.* (ano de 1937, I, 119 ss.) o seu notável e já referido *Parecer* (vid. nota anterior), acerca dos correspondentes preceitos do *Projecto Solmi* (art. 161.º e 182.º), que também por essa altura eram em Itália objecto de viva discussão.

Ora, o aludido e ilustre membro da *Comissão Revisora* a quem nos estamos referindo — BARBOSA DE MAGALHÃES — lera esse *Parecer*. E impressionou-se certamente por tal forma com o bem fundado e a boa lógica da solução por CARNELUTTI nele preconizada, que pensou e declarou (ao que supomos) no seio da referida *Comissão* que a única modalidade ou configuração em que o discutido instituto da conciliação teria alguma justificação prática e dogmática aceitável seria a de lhe imprimir o carácter de *jurisdição de equidade*, que aquele consumado processualista sustentava nesse seu referido estudo como marcando a *superioridade* da conciliação judicial sobre a *simples mediação* (cf. acerca deste ponto, sobre o qual oportunamente se farão mais amplas

mula «*solução de equidade*» pelo mesmo tão reiteradamente recomendada, quer no plano da técnica processualística em

e detalhadas considerações, *infra*, 245 nota 323 e o que também já se aludiu na nota anterior).

E o certo é que a *Comissão Revisora*, tendo ouvido ler o estudo de CARNELUTTI em referência, acolheu a presumível sugestão de BARBOSA DE MAGALHÃES de inserir no citado art. 450.º (como CARNELUTTI nesse estudo propunha em relação aos mencionados arts. 161.º e 182.º do *Projecto Solmi*), uma alusão à «ideia da equidade» da solução conciliatória. — Esta, quanto a nós, a sem dúvida curiosa e breve história (dir-se-á mesmo, surpreendente, imprevista e significativa história) da fórmula «*solução de equidade*» constante do art. 513.º do Código de 1939 e do art. 509.º do Código actual.

Mas, diga-se de passagem, que esta sugestão de BARBOSA DE MAGALHÃES está, aliás, em perfeita consonância com a sua concepção da função prática da conciliação, também revelada no seio da referida *Comissão Revisora*: — a concepção de que no fundo uma solução conciliatória *equivale a uma sentença*.

Tal pensamento do autor ora em análise aparece, em realidade, bem expresso, na posição que ele tomou quanto à determinação da pessoa ou entidade a quem devia ser confiada a função conciliatória nas sedes de Comarca em que pela legislação anterior e pelo projecto em discussão não havia juízos de paz: — O Ministro da Justiça propunha que essa função fosse atribuída aos juizes substitutos; — BARBOSA DE MAGALHÃES porém obtemperou que tal solução equivaleria a serem esses juizes quem *viria a decidir* os processos, dado que a conciliação em seu entender *equivale a uma sentença*.

Acerca de toda esta importante matéria, podem consultar-se as *Actas* n.ºs 11, 19 e 20 da *Comissão Revisora*, publicadas na *Rev. Ord. Adv.*, anos de 1944 e 1946, n.ºs 3 e 4, 136 ss., 318 e 326 a 331; além de BARBOSA DE MAGALHÃES (já cit. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, 1940, I, 57 ss.) e ALBERTO DOS REIS (*Código de Processo Civil anotado*, 1950, vol. III, 174 e 178 ss.).

E para completar o quadro das singularidades que se deram à volta do preceito em análise, quanto à consagração da fórmula *solução de equidade*, importa também referir a curiosa circunstância do *lapso*

geral, quer no da política legislativa processual em particular ⁽³²³⁾.

cometido na redacção de uma das *Actas* (a n.º 20) a que acabamos de nos reportar. Em face do qual, quem não tivesse antecipadamente deparado com o referido estudo de CARNELUTTI (cujo título é, como já se referiu *supra*, nota 321: *Appunti sul procedimento di cognizione secondo il Progetto Solmi*), ou quem não estivesse algo familiarizado com a vasta produção científica deste eminente autor nos domínios do processo civil e com a sua assídua colaboração na cit. *Riv. Dir. Proc. Civ.*, por certo só muito dificilmente (ou por mero acaso) o viria a encontrar. — Fala-se com efeito nessa *Acta* em que o mencionado estudo foi publicado no «*Boletim dos meses de Julho e Agosto de 1937*», sem, aliás, se dizer de que *Boletim* se tratava (cf. cit. *Rev. Ord. Adv.*, 1946, n.º 4, 331).

Ora, que o saibamos, o referido estudo de CARNELUTTI não foi publicado em qualquer *Boletim*, italiano ou português, mas antes e tão-só na referida *Riv. Dir. Proc. Civ.* nos fascículos dos dois indicados meses de Julho e Agosto do ano de 1937 (meses, como vimos, mencionados na *Acta* em referência) — Pelo que, quem já o não tivesse lido, repete-se, debalde tentaria lograr encontrá-lo.

Acrescente-se, porém, que esta mesma sugestão de CARNELUTTI da grande vantagem de se consignar na então futura lei processual italiana uma alusão expressa à *equidade* da conciliação processual a promover pelo juiz da causa e no decurso desta, já fora feita, (como se salientou na nota anterior) em várias outras obras do mesmo autor: — nos já citados *Lineamenti*, publicados na mesma *Rivista* em 1929, I, 64, no vol. I do *Sistema*, publicado em 1936, a pp. 171 ss., no *Intorno al progetto preliminare* (Milão 1937, 119) e na *Riforma tedesca*, *Riv. cit.*, I, 1934, 289 ss., e veio, como se sabe, a figurar no texto do art. 513.º do nosso Código de 1939, mantendo-se no art. 509.º do Código em vigor.

⁽³²³⁾ Pois que, como se depreende da nota anterior e melhor se verá de seguida no texto, os quatro escritos em que CARNELUTTI, ao lado do *Sistema*, salienta a vantagem do emprego da fórmula *equidade* por parte do legislador, para definir a natureza peculiar da *justiça* ou *equidade* da conciliação judicial, em face da simples *mediação*, assumem especial significado no plano da técnica e da política legislativa pro-

E repare-se que também LIEBMAN exprime a sua aludida opinião (embora negativa) a este propósito, em torno e com base na análise da evolução do pensamento do eminente processualista italiano em referência, expresso até 1932⁽³²⁴⁾, — Mas que aquele autor, muito mais prudentemente do que CARRESI, produz tal afirmação em termos algum tanto dubitativos, asseverando que, não obstante «o modo fragmentário em que são expostas as ideias de CARNELUTTI nas suas obras»,

cessual do nosso tempo: — dado que giram à volta da elaboração da legislação processual italiana do presente século respeitando à fundamentação do próprio *Projecto de Carnelutti* de 1926 e à análise crítica do importantíssimo *Projecto Solmi*, dos quais, ao lado dos também famosos e já mencionados *Projectos de Orlando* (1909), de *Chiovenda* (1919), de *Mortara* (1923) e de *Redenti* (1934), viria a sair, como já acentuámos, o notável e vigente Código processual italiano de 1940. — Cf. neste sentido, em especial, o também já mencionado (*supra*, 86 nota 74, 199 nota 249 e 204 nota 256), *Discurso* do Ministro *Dino Grandi* ao Senado italiano de 10 de Maio de 1939, reproduzido na ed. oficial do *Codice di Procedura Civile* de 1940, (Roma — Istituto Poligrafico dello Stato — 1942) sob o título *Il nuovo Processo Civile* (pp. xx e xxv).

⁽³²⁴⁾ Data em que, todavia, já se desenhava neste autor a tendência declarativista e jurisdicionalística que, anos depois no *Sistema* (1936) — vid. *supra*, 238-242 — veio a assumir uma expressão verdadeiramente culminante. — Com efeito, nos seus já citados *Lineamenti*, publicados em 1929 (cf. *supra*, nota 321), o eminente processualista esclarece e justifica o sentido da fórmula «conciliação de equidade» consagrada no art. 216.º do seu famoso e também já citado *Projecto*, afirmando peremptoriamente que «ao intento de obter a composição da lide pelo meio menos custoso, ocorre não só dispor a cessação do processo para o caso em que a autocomposição se tenha verificado, mas agir de modo a crescer a probabilidade desta última»; e que para atingir tal fim o instituto da conciliação deveria «definitivamente transformar-se no direito italiano».

E depois de sublinhar que o «fracasso do conciliador, como tal, é na prática italiana um facto indiscutível», afirma que aquilo que

que aqui e além «deixam transparecer alguma incerteza e alguma contradição»⁽³²⁵⁾, todavia, acredita ter no conjunto referido com fidelidade a orientação por ele vigorosamente preconizada.

ocorre fazer-se a fim de que o estímulo à composição seja operante, é a «autoridade e o conhecimento da lide: — duas qualidades que muito dificilmente o conciliador possui». — «Estas qualidades — acrescenta CARNELUTTI — encontram-se, pelo contrário, no juiz; — a segunda, porém, ele não a adquire senão no decurso do processo; por isso o parágrafo do art. 216.º lhe atribui a faculdade de renovar a tentativa de conciliação em qualquer momento da instrução».

Esclarecendo ainda, a finalizar, que para chamar a atenção do juiz sobre a diferença entre a conciliação e a simples mediação, julgou oportuno pôr a *equidade* como requisito da composição que o juiz deve procurar obter entre as partes (cf. cit. art. 216.º, 1.ª parte, e *o. c.*, 64).

(325) O que é, como vemos, absolutamente exacto, e dá o maior alcance e interesse a uma análise pormenorizada da evolução do pensamento deste eminente autor.

Para já, e para se poder compreender o acerto de LIEBMAN ao frisar a «fragmentariedade», «incerteza» e «contradições» do pensamento de CARNELUTTI em toda a sua larga elaboração doutrinal do presente tema, basta aludir à radical mudança de orientação que sublinhámos no texto (*supra*, 239 ss.) entre o seu nítido *contratualismo* do famoso escrito de 1914 (publicado, como já se referiu, na *Riv. Dir. Com.*, daquele ano, 2.ª Parte, p. 573 ss.) e o seu quanto a nós não menos nítido e bem alicerçado *jurisdicionalismo* do *Sistema* (1936) e das *Istituzioni* (1942), e das outras suas obras referidas nas notas 239 e 321, que adiante melhor serão apreciadas (*infra*, Parte II, Cap. I).

Mas, porventura ainda mais impressiva e reveladora a tal propósito, é a desassombrada confissão deste famoso autor, que se lê na que supomos ser, como já acentuámos, uma das suas últimas e notáveis contribuições ao estudo desta delicada matéria (*supra*, 122), intitulado *La transazione è un contratto?*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1953, 185 ss.: — confissão essa já reproduzida no texto (*ibidem*), segundo a qual o eminente autor sublinha o seu «regresso a um tema caro aos seus

O que tudo dá o maior interesse e desde já, insiste-se, à análise do pensamento de CARNELUTTI neste ensaio.

— Se bem que aos nossos actuais propósitos de tentar ferir apenas nesta Parte I do presente estudo algumas ligeiras notas sobre a posição do problema em análise na doutrina e no direito comparado em geral, e sobre o enquadramento do instituto da composição amigável na problemática do processo publicístico em especial (como ponto de partida para a interpretação do nosso próprio direito positivo), tão-sòmente importe, por agora, assinalar e tentar de algum modo desfazer o mencionado equívoco ou inexactidão de CARRESI (e em parte de LIEBMAN): — quer nos seus juízos críticos acerca da

estudos juvenis», pois que a nota *Sulla causa della transazione* fora publicada pela citada *Riv. Dir. Com.*, em 1914 (II, 573), e que esse regresso se operara — segundo acentua — depois de 40 anos durante os quais todas as vezes em que teve esse tema sob os olhos, nele sentiu «qualquer coisa de ambíguo ou mesmo de fugidio que não logrou apreender» (*o. c.*, 185 e *supra, ibidem* texto e nota 146).

E noutro passo do mesmo estudo (a p. 185) o mencionado autor confessa ainda, como vimos, que «a inquietação», porém, não é sòmente sua, dado que a «literatura particularmente italiana, bem lhe acentua os traços nos seus últimos desenvolvimentos, aos quais a discutida figura da declaratividade negocial (*accertamento negoziale*) ofereceu, quando menos, um estímulo»; acrescentando «que de tal inquietação já aflora algum sinal, se bem que informe, do mais profundo problema» (*vid. o. c.*, 185 e *supra*, 122).

E como fecho destas suas considerações, no sentido que ora pretendemos sublinhar, refere o mesmo autor, como também já acentuámos, aludindo indirectamente à pretensa e apregoada «novidade» da solução sustentada no seu mencionado último escrito em análise, que, «pensar que durante séculos e séculos» se tem «acreditado que a transacção é um contrato, e mais ainda um contrato bilateral, é de nos mortificarmos perante a superficialidade dos nossos pretensos conhecimentos científicos» (*o. c.*, 187 ss. e *supra, ibidem*).

posição assumida por CARNELUTTI quanto ao tema em discussão nas suas referidas obras, quer sobre o panorama da doutrina italiana em geral, expressa na já mencionada e dupla afirmação do primeiro destes autores de que ninguém seriamente sustentou no direito italiano que o juiz não é um simples *pacificador* ou *mediador*; e, quanto a CARNELUTTI, que a acção conciliatória que ele atribui ao juiz se analisa numa simples *mediação*, posto que essa sua acção se desenvolve «fora e não na substância dos contratos estipulados pelos litigantes».

28. Mas, antes de prosseguir e de entrar na análise da doutrina italiana em geral, a qual pela sua primordial importância para a apreciação do problema em apreço — sobretudo no nosso vigente sistema de direito processual positivo — constituirá objecto quase exclusivo da Parte II deste estudo, cumpre ainda salientar, num parêntesis, que as opiniões de ambos estes categorizados autores (LIEBMAN e CARRESI), embora perfeitamente coincidentes no resultado de negarem o indicado controle substancial do juiz na conciliação, se analisam em duas ordens de proposições fundamentais, numa das quais adoptam soluções, pelo menos na aparência, algo divergentes.

Pois se, quanto à primeira das referidas ordens de proposições — que diz respeito às consequências lógicas da *recusa* de homologação e da *anulação* da transacção por *inexistência* ou *falta de causa*, na hipótese de divergência do conteúdo daquela com a realidade da relação preexistente⁽³²⁵⁾ — os dois autores a que nos reportamos adoptam pontos de vista essencialmente *convergentes*: — a negação da invalidade e da recusa; — quanto à segunda, porém, — relativa à linha de

(325) Cf. *supra*, 233 ss.

orientação ou *directiva* que o legislador italiano, com a sua alusão à «equidade», teria traçado para a conduta do juiz como conciliador — diferem profundamente.

Dado que, enquanto CARRESI sustenta, como vimos, não resultar da lei italiana que o juiz seja «*depositário*» de determinados critérios em nome dos quais «*deva cooperar*» na conciliação, com vista a obter uma «*justiça superior*»⁽³²⁷⁾, LIEBMAN, pelo contrário, afirma explicitamente, como também já acen tuámos, o «*desejo*» *expresso pelo legislador* (na adopção da fórmula «*composição de equidade ou equitativa*»), de que o juiz, ao promover o acordo entre as partes, «*as induza a conciliarem-se, aproximando-se quanto possível da solução querida pela lei*»⁽³²⁸⁾.

Ora, sem querermos antecipar, como dissemos, uma demonstração, mesmo que muito breve e perfunctória, das conclusões fundamentais do nosso estudo no plano doutrinal e do direito comparado — mas tão-só esboçar uma ligeira enunciação destas mesmas conclusões —, importa, todavia, também e desde já fazer notar (para ir desbravando terreno neste importante e duplo domínio da nossa investigação) que, no ponto de vista do objecto específico que nela nos propusemos versar, o pensamento dos dois mencionados autores, expresso nas duas proposições que se deixam referidas (as quais, efectivamente, compendiam *dois momentos* ou aspectos distintos, embora estreitamentos conexos, de um mesmo e único problema), está muito longe de traduzir fielmente o quadro ou panorama real da doutrina e das legislações em

(327) Embora pareça reconhecer noutro passo da sua obra que os bons conciliadores devem, em princípio, inculcar às partes soluções *inspiradas na equidade* (vid. *o. c.*, 109 nota e *infra*, 251 nota 329).

(328) Vid. autor e obra citada, 284, e *supra*, 235.

geral, e até mesmo só da doutrina e do direito italiano, a que fundamentalmente se reportam, em particular.

Porquanto, em relação à primeira das indicadas proposições, não só se encontram vários autores (e não apenas italianos), que claramente inculcam que o conciliador *deve recusar* a homologação ou, pelo menos, *tentar impedir* a celebração de uma transacção *manifestamente iníqua* ⁽³²⁹⁾ (por incidir, por exemplo, e fundamentalmente, sobre pretensões *ilícitas* ou *evidentemente infundadas*) ⁽³³⁰⁾; como, por outro

⁽³²⁹⁾ E repare-se que o próprio CARRESI traça este critério não só para as partes, como até indirectamente para os juizes:

— Afirmando quanto às primeiras que «a parte que recebe uma proposta de transacção que reputa iníqua pode recorrer aos próprios juizes» (o. c., p. 168); e *deve fazê-lo* — acrescenta — porque é indiscutivelmente exacto o afirmado por JHERING (*La lotta pel diritto*, trad. Mariano, Bari 1935), segundo o qual é necessário afirmar e defender os próprios direitos ainda que com sacrifício dos próprios interesses particulares, pelo dever moral que manda manter sólido o ordenamento jurídico, condição da vida social e humana; e julgando errado o supor-se que «os direitos sòmente se afirmam e defendem através das vias judiciais e que transigir seja sinónimo de abdicação das próprias pretensões» (*ibidem*, nota 2).

— E reconhecendo abertamente quanto aos segundos (aqui num quase perfeito entendimento do pensamento jurisdicionalístico de CARNELUTTI) que se as partes «se prevalecem da obra de honestos e hábeis jurisconsultos, se atingem soluções *mais equitativas* e ainda mais estáveis do que aquelas que se poderiam obter pelas vias judiciais» (o. c., 109, nota).

⁽³³⁰⁾ Assim, entre os mais recentes autores italianos, deve citar-se neste sentido LANCELLOTTI (na *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè 1961, vol. 8.º, 401 ss.). O qual, adoptando nesta matéria um critério bastante amplo e arejado, não só reconhece, em princípio, a legitimidade e o alcance do controle substancial do juiz, como dá também notícia de uma *tendência actual* da doutrina italiana para autorizar o juiz a

lado, a moderna visão do *pendor publicístico* do processo, da própria conciliação e figuras afins (nomeadamente a arbitragem) ⁽³³¹⁾ conduz à invalidade dos acordos transaccionais dos

recusar transacções injustas, sobretudo em matéria de contrato individual de trabalho; sustentando ele próprio esse *poder e dever de recusa*, mas apenas em face de soluções *manifestamente iníquas* ou sobre *objecto ilícito* (vid. *ibidem*, *Conciliazione delle parti*, 401, e *infra*, Parte II, Cap. I.

⁽³³¹⁾ São absolutamente inequívocos e peremptórios em atribuir à conciliação dos processos publicísticos modernos uma correspondente *natureza publicística*, entre os autores italianos: — CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice*, I, 1.ª ed., 87; ALLORIO, *Problemi di Diritto*, III — *La vita e la scienza del Diritto in Italia e in Europa*, 622 ss.; GRANDI, *Relazione alla Maestà Del Re Imperatore cit.*, 17 ss.; SOLMI, *La Riforma del Codice di Procedura Civile*, Roma 1937, 38, 52, 165 e 174; REDENTI, *Sul nuovo progetto del Codice di Procedura Civile* (Extracto dos *Atti della Società italiana per il Progresso delle Scienze*, XXIII Reunião — Nápoles, Outubro 1934 — XII) — Pavia 1935, 7 ss.; e SATTÀ, *Parecer da Universidade de Pádua*, (nas *Osservazioni e proposte cit.*, p. 171); e entre os alemães, além de BAUMBACH (apud *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, I, 193); SEYDEL, *Gedanken zur Neugestaltung des Zivilprozesses na Deutches Recht*, 1935, 504 (apud LUIGI FERRARA, *Moderni problemi del Diritto*, Milão 1938, 187 ss.), o qual, referindo-se aos estados autoritários do tempo, (e em especial à Alemanha nazista e à Itália fascista), aponta como maior afirmação do *direito social da comunidade* que o juiz, representante desta, deveria ter a faculdade de repelir, sem mais, as pretensões *completamente infundadas*; assim podendo, em qualquer momento, *decidir publicisticamente com transacção*; e no mesmo sentido se deve citar RATZ, *Grundsätze eines neuen Zivilprozesses* (in *Arch. für die civilistische Praxis*, 1935, 141 e apud FERRARA, *o. c.*, 189), que, em sentido paralelo ao do autor anteriormente citado, e depois de pôr em relevo vários dos caracteres fundamentais da Reforma alemã de 27 de Outubro de 1933, em oposição ao liberalismo jurídico do processo alemão de 1877, salienta que o juiz deve induzir, com os seus esforços, as partes a uma *quase espontânea transacção*, procurando, do mesmo passo, reduzir ao mínimo

litigantes, pelo menos, quando a referida discrepância entre a composição amigável do litígio e a relação preexistente envolva e põha em jogo o conceito de transacção sobre *lide temerária*.

Posto que, até mesmo os autores de mais acusada tendência contratualista justificam quase unânimemente a invalidade desse tipo de transacções, recorrendo a múltiplos critérios de ordem técnica, entre os quais avultam os conceitos ou figuras clássicas do erro, do dolo, do objecto ou causa ilícita, da simulação, do abuso de direito, etc. ⁽³³²⁾. Se bem que, para uma visão genuinamente declarativa dos negócios processuais estruturados como negócios *certificativos*, (que implicasse a natureza *causal e não abstracta* destes mesmos negócios e o seu fim específico de dar *rigorosa expressão* à realidade da situação preexistente ou certificada), seria de admitir, como vagamente já acentuámos, a *invalidade* do negócio e a sua consequente anulação por *falta* ou *inexistência* de causa, independentemente da necessidade de alegação e demonstração do erro acerca dessa dissonância ⁽³³³⁾.

as despesas e as consequências económicas da lide, para evitar uma excessiva atracção dos eventuais contendores para a bem mais económica justiça arbitral; devendo ser, assim, neste como noutros campos da actividade judiciária, o autêntico *Führer* do processo.

⁽³³²⁾ Vid. por todos VITERBO, cit. *La «res dubia» e la lite incerta nella transazione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1937, I, 242 ss., VALSECCHI, o. c., 344, CARRESI, o. c., 218, n. 4, PUCCINI, o. c., 176 ss. e notas 29-34 e ROMANO, *Aspetti del procedimento transattivo sotto il profilo della pretesa temeraria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, I, 605-643, em especial, n.º 11 e 12, pp. 638 ss. e cf. também *infra*, Parte II, Caps. I e II.

⁽³³³⁾ Vid. neste sentido, por todos, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (última edição, sem data, de Morano Editore, 299 e 301, e 294 nota 49 e 295 nota 50), VAZ SERRA, *Negócios abstractos* (sep. do *Bol. Min. Just.*, n.º 83, 1959, 9, 31, 34 e 47) e *supra*, 179 nota 214; e sobre a admissibilidade de um negócio certificativo do

Por seu turno, também quanto à segunda das mesmas indicadas proposições, que sobremaneira nos interessa apreciar (pelo seu importante e imediato reflexo sobre a análise da doutrina em geral e sobre a interpretação do nosso direito positivo em particular, dada a já apontada influência de CARNELUTTI sobre o nosso legislador de 1939) ⁽³³⁴⁾, cremos ser relativamente fácil demonstrar que a transcrita asserção de CARRESI, (segundo a qual «ninguém seriamente» teria sustentado em Itália uma concepção de pendor jurisdicionalístico da conciliação), é *profundamente inexacta*, por uma tríplice ordem de razões.

Primeiro, porque, como já se aludiu, envolve verdadeira e flagrante desvirtuação do pensamento revelado por CARNELUTTI no *Sistema* e nas outras indicadas obras em que este autor sustenta com o maior vigor, e com relativo peso de razões (históricas, lógicas e práticas, como já referimos), uma concepção vincadamente jurisdicionalística da conciliação no moderno direito italiano.

tipo *rìgidamente causal* indicado, em especial, ASCARELLI, *La letteralità nei titoli di credito*, na *Riv. Dir. Com.*, 1922, 256 ss., o qual explicitamente subdistingue duas diversas modalidades de negócios certificativos: — «a hipótese na qual a vontade de certificação das partes se determina no sentido da *prevalência*, em caso de desencontro, da *relação certificada sobre o negócio certificativo*, de tal maneira que o negócio certificativo é *destinado a cair*, independentemente de uma impugnação por erro, em face da simples demonstração da sua *disformidade da relação certificada*» (assim sucedendo no caso de aprovação de contas); e aquela outra hipótese «em que o *negócio de certificação* é destinado, pelo contrário, a *prevalecer sobre a relação certificada*, salva a ordinária impugnação por erro»: — acrescentando o mesmo autor que «a vontade de certificar se integra neste caso com *uma vontade de eventual disposição*».

⁽³³⁴⁾ Vid. *supra*, 242-245 e nota 322; e *infra*, 273 e Parte II, Cap. I.

Em segundo lugar, porque, quase inexplicavelmente, omite toda e qualquer referência à opinião de um outro notável processualista italiano — MORTARA — o qual, nos princípios deste século, também sustentou, com não menor vigor nem menos notável limpidez de conceitos do que CARNELUTTI, uma orientação igualmente jurisdicionalística da conciliação moderna (³³⁵).

Finalmente, porque omite da mesma sorte qualquer alusão, directa ou indirecta, a vários outros notáveis processualistas italianos, que desempenharam papel de primacial relevo na elaboração do vigente sistema legislativo consagrado no Código de 1940 — em cujos escritos (quer pré-legislativos (³³⁶), quer de comentário àquele mesmo referido Código) (³³⁷), o pensamento jurisdicionalístico da transacção e da conciliação (mas sobretudo desta última figura jurídica) aflora, por vezes, com grande vigor; — se bem que, muitas outras vezes, em fórmulas um tanto esparsas e apodíticas (³³⁸), mas nem

(³³⁵) Vid. *Commentario cit.*, III, 2-35 e *infra, ibidem*.

(³³⁶) Como as obras de REDEENTI, SOLMI, ALLORIO, CHIOVENDA e SEMERARO citadas *supra*, 32-33 nota 15, 165, 252 nota 331, 68 nota 58, 71 nota 61 e 92

(³³⁷) Nomeadamente, as *Istituzioni* de CALAMANDREI, a célebre *Relazione* de GRANDI e o *Commentario al Codice di Procedura Civile* de NAPPI, Milão, vol. I — *Disposizioni generali* — Parte II, 644 ss.

(³³⁸) E até, por vezes, um pouco contra a corrente geral do pensamento dos seus autores. — Assim, além da passagem já citada de CARRESI (vid. nota 329), não pode deixar de ver-se uma flagrante manifestação do pendor jurisdicionalístico que vimos de salientar no texto, nesta outra passagem de CORRADO em que este autor, de tendência dispositiva, todavia afirma, explicitamente, como já sublinhámos (36 nota 18), que «as partes que se põem de acordo para eliminar uma incerteza ou uma lide não preferem uma paz atingida a todo o custo à justiça! — mas preferem uma justiça substancial, económica e rápida, a uma

por isso menos frisantes e impressivamente reveladoras do mencionado pensamento (essencialmente jurisdicionalístico) que lhes está na base: — e entre os quais se podem citar e merecem particular menção e destaque, ao lado de CARNELUTTI, de SOLMI, PUTZOLU, CALAMANDREI, REDENTI, ALLORIO e RICCA-BARBERIS (já a outros propósitos invocados), vários outros eminentes jurisconsultos italianos — sem falar no famoso e também já várias vezes citado *Relatório* do Ministro DINO GRANDI

justiça *formal e tardia*, mostrando em regra com a mútua compreensão das suas recíprocas razões um *alto sentido de civismo*» (cf. *Il negozio di accertamento*, cit. 34, nota 1).

E a tendência dispositiva e contratualista do pensamento de CORRADO expresso na obra em referência não oferece qualquer dúvida; na medida em que este autor exclui até a transacção do âmbito do conceito de *negócio declarativo* por entender, entre outras razões, que este último negócio tende a causar a *substituição* de uma situação *certa a uma situação incerta*, enquanto que a transacção «tende a causar a *substituição* de uma situação pacífica a uma situação *litigiosa*» (o. c., 271); e dá daquela mesma figura negocial (certificativa) uma visão essencialmente *constitutiva*, considerando que ela se traduz numa *modificação* da relação preexistente incerta, a fim da *certificação* ou *fixação* (*accertamento*) dessa mesma relação. (Vid. o. c., 94 ss.).

E note-se uma vez mais a flagrante semelhança desta concepção jurisdicionalística moderna da conciliação com a que o nosso já citado, insigne e malgrado processualista ROCHA PENIZ perfilhava no seu ensino em 1806, afirmando nos seus preciosos *Elementos de Prática Formulária* (Lisboa 1816), na esteira de DOMAT, que «no Processo Conciliatório como no Arbitral os Juizes ainda que sejam amigáveis Mediadores, e formem sua decisão mais sobre a Equidade Natural que sobre o Rigor do Direito, não preferem o bem da paz à exactidão da Justiça»; e que «se o Processo Conciliatório, e Arbitral, não seguem exactamente o rigor do Direito, nem por isso se desviam da equidade do Processo Natural, nem sacrificam a Justiça e suas formas essenciais ao falso motivo do bem da paz» (o. c., 34, §§ 77 e 78).

que acompanhou o texto oficial do vigente Código de Processo Civil de 1940, por aquele mesmo Ministro promulgado⁽³³⁹⁾.

29. Vamos procurar, pois, embora em muito ligeiros traços, focar e apreciar cada um destes três últimos assertos:

Dado que a *desvirtuação* ou *subestimação* do pensamento de CARNELUTTI por um categorizado jurista italiano (CARRESI), e a *completa omissão* no debate não só da posição doutrinal (e até político-legislativa) de MORTARA⁽³⁴⁰⁾ como de vários outros eminentes autores italianos⁽³⁴¹⁾ que para mais, como acabámos de referir, tiveram papel de primacial relevo na elaboração do mencionado e famoso Código de Processo de 1940⁽³⁴²⁾; e dado ainda o alto nível e prestígio alcançados pela ciência jurídica italiana do presente século, quer em matéria de direito civil, quer e sobretudo nos domínios do direito processual civil e judiciário em geral⁽³⁴³⁾: — tal des-

⁽³³⁹⁾ Cf., a também já mencionada edição do *Codice di Procedura Civile* de 1940, do Istituto Poligrafico dello Stato, Roma 1942.

⁽³⁴⁰⁾ Vid. *infra*, Parte II, Cap. I.

⁽³⁴¹⁾ Vid. *infra*, *ibidem* e o que se refere na nota seguinte.

⁽³⁴²⁾ Queremos aludir, entre outros, como melhor se verá no Cap. I da Parte II deste ensaio, aos eminentes colaboradores do Ministro DINO GRANDI na elaboração do Código de Processo italiano de 1940: ou sejam, além de CARNELUTTI, CALAMANDREI, REDENTI, D'AMELIO, PUTZOLU e LEOPOLDO CONFORTI (vid. o já citado *Discurso* proferido por GRANDI no Senado, em 10 de Maio de 1940, a pp. XXV e XXVI, nota 1, da edição oficial do referido Código citada *supra*, 246 nota 323).

⁽³⁴³⁾ Vid. *supra*, 9 nota 5, 22 nota 12, 86 nota 74, 98, 102 s. nota 116, 142 nota 191, 159 ss. nota 202 e 179 s. nota 214.

E vid. também *infra*, Parte II, Caps. I e II: — designadamente, nos números finais destes dois últimos Capítulos. — Nos quais, em complemento e como corroboração do que já referimos nas supracitadas notas 5 (p. 9) e 74 (p. 86) desta Parte I, procuraremos uma vez mais sublinhar (e ali com base no texto oficial dos diplomas legais naquelas

virtuação e omissão constituem, seguramente, uma das notas mais curiosas e surpreendentes que se podem colher no panorama geral da mais recente doutrina processualística, e da doutrina italiana em particular, para, por um lado, se fazer uma ideia da extrema delicadeza e melindre, e do deficiente estado de elaboração de toda esta momentosa questão; e, por outro, se tentar abrir caminho à compreensão da tendência jurisdicionalística dominante em vasto sector da doutrina e da legislação antiga e moderna, através das várias e relevantes manifestações técnico-dogmáticas que, tal como as de CARNELUTTI e de MORTARA, se têm por vezes nitidamente revelado ao longo deste debate.

E a demonstração quanto a estes vários pontos afigura-se-nos, aliás, relativamente fácil de conduzir: — bastando aproximar dos transcritos passos de CARRESI e de LIEBMAN (na parte em que interessam ao ponto ora em apreço) ⁽³⁴⁴⁾ algumas passagens fundamentais e inequívocas dos autores agora em foco.

Creemos, pois, residir aqui uma boa razão (se outras acaso não houvesse), para prosseguir no traçado do esquema da nossa exposição, com a análise da visão panorâmica (no plano

notas mencionados e em todos os outros entretanto promulgados, que até este momento nos não foi possível compulsar), que pelo que respeita aos delicados mas primordiais problemas de organização judiciária que condicionam o bom funcionamento do processo publicístico moderno (o indispensável ajustamento dos quadros da magistratura e do funcionalismo judiciário às maiores exigências deste novo tipo de processo), a doutrina e a legislação italiana atingiram nas últimas décadas, após a promulgação do Código de Processo de 1940, uma posição invejável e de excepcional relevo: — sobretudo pela forma criteriosa, rasgada e profundamente realística como os poderes públicos italianos se propuseram resolver este candente problema da Justiça do nosso tempo.

⁽³⁴⁴⁾ Vid. *supra*, 233 ss. e 246 ss.

doutrinal e do direito comparado), que nos propusemos oferecer neste ensaio, do tema que ele tem por objecto — *Dos poderes e deveres do juiz na conciliação judicial* — olhado segundo *uma perspectiva de base jurisdicionalística*: — fazendo girar toda a apreciação da doutrina moderna em volta, sobretudo, da doutrina italiana; e, dentro desta, em torno da rectificação desta viciosa óptica por que CARRESI no-la deixa entrever.

Mas há, inegavelmente, além do que se deixa referido, um outro e mais forte motivo que decididamente nos impele para a análise da doutrina e do direito comparado em geral, e, sobretudo, do direito francês, alemão, austríaco e italiano em particular: — o poderem e deverem considerar-se todas estas doutrinas e sistemas processuais (com especial relevo para os últimos) as principais fontes doutrinárias e legislativas seguidas nesta matéria pelos nossos legisladores de 1926 a 1939⁽³⁴⁵⁾. — Pelo menos, na consagração e modelação da conciliação judicial oficiosa no decurso da causa, introduzida no nosso direito, como já aludimos, pelo Decreto n.º 12 353 (cit. art. 28.º, n.º 4) e mantida pelo Código de 1939 (art. 513.º): — a qual parece ter também passado sem alteração de estrutura para o vigente Código de 1961 (art. 509.º).

30. Antes, porém, de o tentar fazer nos Capítulos que constituem objecto da Parte II deste livro — e precisamente para desbravar terreno e dar plena razão do grande interesse que a referida análise da doutrina italiana desde já reveste para o delineamento dos quadros lógico-sistemáticos e das soluções pragmáticas que permitam a rigorosa compreensão e sistematização do problema posto no presente estudo, — cumpriria aludir, em primeiro lugar, ainda que tão-só muito vaga

⁽³⁴⁵⁾ Vid. *supra*, 249 e *infra*, 261, 262 nota 350, 275 s. e 280.

e sucintamente, ao estado actual da elaboração dogmática dos temas em exame nas várias doutrinas acima indicadas.

A fim de demonstrar que tal dogmática se mostra em princípio, como já salientámos (³⁴⁶), de todo em todo insuficiente e inadequada para dar cabal resposta às muitas, muito pertinentes e intensas dúvidas que a questão fundamental dos poderes e deveres do juiz perante os negócios processuais ainda hoje suscita em face da nova problemática do processo publicístico moderno; — e que só uma ampla visão do panorama doutrinal e histórico-comparativo do problema em geral (no qual, mais do que a preocupação *sistemática e teorizadora*, haja o firme e claro propósito de focar e surpreender a *natureza e finalidade* verdadeiramente vitais e transcendentais da realidade ético-social e político-jurídica concernente ao presente tema), consentirá aplanar a via para se operar aquela profunda revisão de conceitos e de perspectivas, por que a mais recente doutrina processualística se tem empenhadamente batido (³⁴⁷), em vários sectores afins, com vista a poder dominar e vencer as tremendas dificuldades e perplexidades que, como de começo referimos (³⁴⁸), os autores são unânimes e cada vez mais peremptórios em reconhecer, nesta aliciante mas quase inextrincável matéria.

E cumpriria do mesmo passo acrescentar, em segundo

(³⁴⁶) Vid. *supra*, 159-161 e notas 202-203.

(³⁴⁷) Vid. a densa bibliografia publicada a partir da segunda década deste século e citada pelos autores mais recentes, como VALSECCHI, CARRESI e PUCCINI (*obs. cits.*, 139 *Nota Bibliográfica*; 1 nota, 2 nota 1, 3 nota 2, 4, n. 2; e 2-3 nota 1, respectivamente); e também referida ao longo deste ensaio, nomeadamente *supra*, 23 nota 13, 34 nota 18, 56 nota 41, 65 nota 56, 66 ss. notas 58 e 59, 172 nota 213, 183-184 nota 225 e 251 notas 330 e 331.

(³⁴⁸) Vid. *supra*, 120-128 *passim* e notas 141 e 146.

lugar, que as múltiplas e confluentes perspectivas de direito e de política legislativa comparada acima delineadas (relativas ao direito italiano, ao direito austro-germânico, ao direito francês e ao nosso próprio direito histórico), se bem que incontestavelmente muito impressivas, não estão todavia totalmente isentas de levantar sérias dificuldades e hesitações, quanto ao seu rigoroso significado; e, sobretudo, quanto à sua presumível influência na modelação do nosso vigente sistema legislativo.

Dado que, em face dos vários exemplos apontados e do forte contraste de argumentos e directivas doutriniais que nos dois números antecedentes acabámos de sublinhar — entre as indicadas florações duma *visão jurisdicionalística* dos negócios processuais em geral (consubstanciados na conciliação judicial, tanto preliminar como, e sobretudo, no decurso do processo) e a larga generalização da *visão contratualista* destes mesmos institutos e figuras afins (como vimos ser patente e quase axiomático em boa parte da doutrina mais recente e elaborada) — temos de reconhecer que o debate (a despeito da também indicada enorme floração de estudos monográficos publicados especialmente a partir da segunda década deste século sobre o tema em análise) ⁽³⁴⁹⁾, é ainda hoje algo melindroso; e não pode num simples ensaio ou mera tentativa de breve demonstração do, quanto a nós, nítido pendor jurisdicionalístico da doutrina e das legislações modernas (que a mais não aspira o presente trabalho) deixar de ficar em aberto.

E isto, essencialmente, porque o peso das principais ordens de argumentos produzidos a favor da teoria contratualista acima formulados, em todos os seus desenvolvimentos

⁽³⁴⁹⁾ Vid. *supra*, 259 nota 347.

lógico-sistemáticos (e da inegável e larga tradição histórico-positiva em que se apoiam), parece, à primeira vista, sobrepor-se inteiramente às embora impressionantes razões contrárias que deixámos enunciadas nos números antecedentes. — As quais revestem para a interpretação do nosso vigente direito positivo particular interesse e oportunidade por pertencerem precisamente, como já várias vezes acentuámos, a quatro dos principais (senão únicos) sistemas jurídico-positivos que muito provavelmente concorreram neste campo, como há pouco também se salientou, na modelação da nossa actual legislação processual positiva: — os supramencionados sistemas dos mais recentes direitos italiano, austríaco, germânico e francês, além da nossa própria tradição histórico-legislativa e doutrinal, que todos o nosso legislador expressamente invocou nos trabalhos preparatórios do Código de 1939 ⁽³⁵⁰⁾.

⁽³⁵⁰⁾ Sobre todas estas fontes legislativas do vigente direito processual português, vid. o Ministro MANUEL RODRIGUES no já citado Relatório apresentado à *Comissão Revisora* do Código de 1939, vagamente aludido na *Rev. Ord. Adv.*, anos de 1944 e 1946, n.ºs 3 e 4, 136 ss. e 326 ss., e parcialmente reproduzido nas suas já referidas *Lições Do Processo Declarativo*, publicadas por FLÓRIDO DE OLIVEIRA (Lisboa 1945, 3 ss.) — cujo original (dactilografado) e ainda hoje em grande parte inédito se encontra (como referimos *supra*, 198 nota 245) na *Biblioteca do Prof. Alberto dos Reis*, legada ao *Instituto Jurídico* da Faculdade de Direito de Coimbra.

E sobre a particular influência da doutrina italiana e da nossa tradição legislativa nesta matéria vid. também, e respectivamente: — BARBOSA DE MAGALHÃES, nos termos, pelas razões e nos lugares citados *supra*, 242-245 e nota 316, e *infra*, 273; — e ALBERTO DOS REIS, quer na obra e lugar citados naquela última nota (a p. 244) quer e sobretudo na discussão do art. 244.º do Projecto deste eminente autor, constante da *Acta* n.º 11 da *Comissão Revisora*, de 18 de Maio de 1937, na qual,

31. Mas, confinando aqui as nossas considerações para

entre muitas outras coisas, explicitamente declara: — que «não tem simpatia nem confiança na conciliação e unicamente a inseriu no Projecto em obediência à tradição»; — que «reconhece que ela teve um período áureo, reflexo da ideologia liberal da revolução francesa, mas os factos encarregam-se de mostrar o seu pouco ou nenhum valor»; — mas que «contudo, parece-lhe que a conciliação com carácter facultativo não é prejudicial e talvez tenha certas vantagens» (vid. cit. *Rev. Ord. Adv.*, 1944, n.º 3 e 4, 137).

Ora, não apenas pelo relativo ineditismo do sintético mas sugestivo Relatório do Ministro MANUEL RODRIGUES a que acabamos de aludir; como pela sua inegável importância para a documentação das mencionadas fontes históricas, doutrinárias e de direito comparado a que o nosso legislador processual de 1939 foi beber a principal inspiração na delicada matéria em análise; como ainda, e finalmente, porque à fina sensibilidade jurídica do operoso Ministro e à sua plena confiança no instituto em exame (em contraste, como acaba de ver-se, com a drástica oposição ou o frio indiferentismo dos mais categorizados componentes da *Comissão Revisora*), se deve a consagração dos dois tipos de conciliação (preliminar e posterior) na nossa Reforma processual de 1939 — cremos de real interesse (e até de elementar justiça) dar aqui na íntegra, nesta Parte I introdutiva do presente ensaio, embora em nota, algumas das passagens mais frisantes do supramencionado Relatório.

No tocante, por um lado, às altas finalidades ético-sociais e jurídico-políticas do instituto em exame; — por outro, e fundamentalmente, às aludidas fontes históricas, doutrinárias e legislativas em que o legislador de 1939 concretamente se apoiou; por outro ainda, e finalmente, à eficácia prática e à natureza específica da moderna conciliação judicial no decurso da causa.

Assim, e pelo que respeita ao primeiro destes três aspectos, lê-se na pág. 1, n.º 2 do citado Relatório:

«Os prejuízos que as demandas causam, os ódios profundos que abrem, levaram naturalmente o Estado a promover a composição dos litigantes. E como estes naturalmente não se harmonizavam sem se porem em contacto — a falar é que a gente se entende, diz um rifão português — e, sem dúvida, não o fariam, pelo menos a maior parte

fecho desta Parte I do presente ensaio apenas à segunda das

das vezes, espontâneamente, foi necessário organizar um processo simples e rápido a fim de os pôr em presença».

«Daqui vem o processo de conciliação que parece ter entrado no direito civil por acção do direito canónico».

E sublinhando noutro passo, de modo particularmente nítido, a forte repercussão do novo instituto da conciliação judicial no decurso da causa sobre o próprio prestígio da função jurisdicional, MANUEL RODRIGUES pondera criteriosamente (a p. 5):

«Esta função de pacificação do Juiz não será a menos importante das suas altas funções, e no modo como a exercer poderá ainda ajuntar prestígio ao seu nome e ao seu cargo».

Por sua vez, no concernente ao problema central, e agora mais directamente visado, da determinação das fontes da nossa anterior legislação, o mesmo ilustre autor destaca, por um lado e em primeiro lugar, a nossa própria tradição nacional (quer seiscentista, quer liberal); e, por outro, o exemplo das legislações estrangeiras. — Eis, quanto a este duplo e primordial aspecto da questão, as suas próprias e impressivas palavras — começando pelo que MANUEL RODRIGUES refere a propósito da nossa referida tradição seiscentista e liberal:

«A conciliação — salienta de início o ilustre autor — é instituição antiga entre nós. Introduzida no tempo de D. Manuel, em 1919, tendo sido então criados os juizes avindores ou concertadores de demandas (*Annais da Sociedade Jurídica de Lisboa*, I, n.º 5) foi integrada na Ordenação, Livro III, Tít. 20.º, § 35.º que a justifica nos termos que seguem: — «... E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes que antes que façam despesas, e se sigam entre elas ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar as suas fazendas para seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa é sempre duvidoso».

«Mas a conciliação — prossegue o mesmo ilustre autor — não era obrigatória: — de «honestidade» e não de «necessidade» — dizia a Ordenação».

E passando depois a aludir ao importante período do nosso direito liberal, MANUEL RODRIGUES acrescenta:

«Renovada nas legislações processuais modernas por acção da Lei

perspectivas em referência (e deixando para mais tarde

francesa de 16 de Agosto de 1790, veio a ser consignada nos arts. 128.º e 129.º da Carta Constitucional, efectivada com o Decreto n.º 24, de 16 de Maio de 1832 — arts. 40.º e 54.º — e mantida na Novíssima Reforma Judiciária, arts. 134.º e 135.º, e no Código Comercial de Ferreira Borges art. 1032.º O Código do Processo Civil consignou-a como acto preliminar do processo e com carácter obrigatório. Todavia, a nulidade que da sua preterição resultava, raras vezes terá sido arguida, e um acordo tácito dos litigantes ou dos seus mandatários fê-la cair em desuso. A mesma sorte teve em outros países».

E pelo que concerne aos mencionados exemplos do direito comparado, o mesmo ilustre autor logo a seguir salienta:

«A verdade, porém, é que este insucesso não desanimou os legisladores contemporâneos, que nos diplomas mais recentes e nos projectos em estudo tentam dar-lhe vida. Também o projecto a consigna e creio que justificadamente. Vejamos em que termos, mas lembremos o que a esse respeito se tem legislado no estrangeiro nos últimos anos».

E no n.º 3 (pp. 3 ss.) do Relatório em apreço, alude directa e sucessivamente aos direitos francês, alemão, austríaco e italiano, a que repetidamente nos reportamos no texto (vid. *supra*, 249, 258, 259, 261, 262 e *infra*, 270).

Sendo de salientar que, quanto ao primeiro destes direitos, MANUEL RODRIGUES é um pouco mais detalhado, afirmando:

«Na Reforma do Processo Civil francês de 30 de Outubro de 1935 tratou-se o problema da conciliação. Duas eram as causas apontadas da sua ineficácia: — a primeira, era que dela estavam dispensadas as causas urgentes e quase todas as questões eram levadas ao Tribunal com a nota de urgente; a segunda, que as partes criaram o costume de não irem pessoalmente a juízo, mas por intermédio dos seus representantes, que, em regra, ignoravam a questão nas suas minúcias e não tinham poderes para transigir».

«Aquele decreto exigiu porém que a urgência só deve ser admitida em casos excepcionais mediante despacho fundamentado do Presidente do Tribunal. Por outro lado, as partes têm de comparecer pessoal-

a análise do apontado esquema do estado actual da elabo-

mente, salvo se o motivo que invocarem para não comparecer pessoalmente for admitido pelo Juiz».

«Estabeleceu-se ainda que a conciliação pode ter lugar em qualquer momento do processo».

Enquanto que acerca dos três últimos sistemas legislativos invocados, o ilustre autor não passa, porém, de uma muito concisa, mas clara referência às disposições que directamente interessam ao caso, visando-as quase em conjunto, nos seguintes termos:

«Na Alemanha, a Novela de 1924 obriga a conciliação prévia (§ 495, a) 7, p. 4) pois esta ainda constitui um pressuposto necessário do processo contencioso; mas a conciliação pode ter lugar também por iniciativa do Tribunal no decurso do processo (§ 296). O mesmo sucede no direito austríaco (C. P. C., § 204)».

«Na Itália, não existe uma disposição geral, mas em muitos casos exige-se a tentativa prévia de conciliação (LIEBMAN, *Rivista di Diritto Processuale*, 1932, p. 264)».

«Quer isto dizer — conclui MANUEL RODRIGUES — que o legislador contemporâneo continua a confiar na conciliação, não obstante o seu insucesso»; confessando que lhe «parece que devemos ter também a mesma confiança»: — pois admite que «talvez o desastre tenha a sua causa em regulamentação deficiente».

Por último, no que diz respeito à expansão prática e à natureza peculiar da conciliação judicial no decurso da causa confiada ao próprio juiz do processo, a partir do Decreto n.º 12 353, de 22 de Setembro de 1926 (em confronto com a conciliação preliminar), MANUEL RODRIGUES produz algumas judiciosas considerações donde parece resultar: — por um lado, uma forte intuição (embora formulada negativamente) do pendor jurisdiccionalístico da conciliação judicial moderna — na medida em que liga o diminuto número das conciliações judiciais efectuadas a partir do citado Decreto n.º 12 353 a ideia generalizada do *juiz passivo* que vinha da legislação anterior; — por outro (embora um tanto imprecisa ou até incoerentemente, em face desta linha de orientação), um pensamento que de algum modo conduz à clássica objecção dirigida contra a conciliação judicial — de o juiz da causa não dever tentar a conciliação, para não revelar o seu pensamento às partes

ração dogmática do presente tema) ⁽³⁵¹⁾, importa salientar que,

e poder ser tido, numa eventual futura decisão contenciosa, como parcial (cf. *infra*, 268 e nota 354 e 273 nota 362).

Eis o que a este propósito refere MANUEL RODRIGUES, a pág. 5 do Relatório em exame:

«O sistema português durante muito tempo foi o da conciliação preliminar, mas no Decreto n.º 12 353, estabeleceu-se também a conciliação a quando do despacho saneador mas como uma faculdade do juiz. O Projecto mantém os dois sistemas, e estou de acordo com o que neste ponto se propõe, não obstante os insucessos da tentativa preliminar».

«Quanto à conciliação no decurso da causa não há elementos para averiguar da eficácia da medida entre nós e do número de casos em que teve lugar. É de crer, porém, que fosse pequeno o número e talvez ineficaz na maioria. Compreende-se que assim tenha sucedido. Vinha-se de uma época de absoluta descrença na conciliação e de um período em que o juiz se mantinha completamente impassível perante o desenrolar do processo, dois factores que influíam no seu estado de espírito para que não interviesse; além deste, outro: não tentar conciliar para não revelar o seu pensamento, não fosse ao depois considerado parcial».

«Apesar de tudo — conclui o ilustre Ministro — parece de manter esta forma de conciliação. Certamente que o juiz deve dar às partes a impressão de absoluta independência em face dos direitos de cada um, mas a sua intervenção não pode significar parcialidade desde que é a lei que lha impõe quando ele a julgue conveniente, nem a conciliação é imposta mas aceite».

(Cumpre-nos esclarecer, num parêntesis, que quer no original dactilografado, quer na reprodução do Relatório em análise feita por MANUEL RODRIGUES nas suas citadas Lições *Do Processo Declarativo*, o preceito do Código de Processo Civil austríaco indicado é o artigo 2204; — como se trata, porém, dum evidente lapso de citação, tomámos a liberdade de o rectificar, substituindo-o pelo § 204: — que é a disposição que no mencionado e célebre Código de KLEIN de 1895 consagra a conciliação judicial no decurso da causa).

⁽³⁵¹⁾ Para um projectado Segundo Volume, em vista da elaboração do qual já lográmos reunir copioso material bibliográfico e de direito

quanto ao primeiro destes direitos e ao impressivo argumento deduzido do art. 182.º do *Projecto Solmi* (não obstante o que se deixou referido sobre a quase certa influência de CARNELUTTI na elaboração e modelação da actual conciliação italiana do art. 185.º do Código de 1940) ⁽³⁵²⁾, não podemos ignorar que até hoje aquele referido preceito não chegou a ser convertido em lei expressa nas ulteriores reformas legislativas processuais realizadas na própria Itália ⁽³⁵³⁾: — sobretudo na parte que essencialmente nos interessa, por mais saliente e reveladora, da obrigatoriedade de renovação da tentativa de conciliação posteriormente ao encerramento da instrução da causa. — E que, pelo contrário, neste mesmo país, na elaboração da referida legislação de 1940 chegou a ser abertamente combatida a própria criação da conciliação oficiosa no decurso da causa, com o clássico argumento de que era quase inevitável que o juiz desta, como conciliador, deixasse transparecer às partes qual o sentido em que se dispunha a proferir a sentença, o que podia impeli-las a aceitarem uma

comparado em boa parte espelhado em muitas das notas do presente escrito. — Sobre o objecto deste eventual novo Volume, vid. *infra*, 271 e 275.

⁽³⁵²⁾ Cumpre, com efeito, recordar que o *Parecer do Sindicato Fascista dos Advogados e Procuradores de Milão* sobre o art. 161.º do referido *Projecto Solmi* salientava que o legislador não devia esquecer-se de recomendar aos juizes que estes devem ter em vista a promoção de conciliações inspiradas nos princípios da *equidade*, tal como CARNELUTTI preconizava desde 1926, no seu citado *Projecto* (art. 216.º) e nos *Lineamenti*, bem como nos seus outros estudos *cits. supra*, 242 e nota 321 (vid. cit. *Osservazioni e proposte*, II, 174; e *infra*, 273 nota 372 e Parte II, Cap. I).

⁽³⁵³⁾ Aludimos às duas conhecidas Reformas do Decreto n.º 483, de 5 de Maio de 1948 e da Lei n.º 581, de 14 de Julho de 1950, que todavia não tocaram no problema da conciliação.

conciliação que não traduzisse a sua verdadeira e livre determinação de vontade; além de se entender também que se o juiz tomasse a iniciativa da conciliação e revelasse às partes o seu pensamento podia ser tido por *parcial* ⁽³⁵⁴⁾.

(354) Argumento este último que, aliás, já surgira como decisivo na discussão do Código de Processo italiano de 1865, quando um dos membros da Comissão legislativa para a elaboração desse mesmo Código — o senador CASTELLI — se bateu pela consagração já nesse diploma da conciliação judicial no decurso da causa, que só 75 anos mais tarde, em 1940, acabou por ser consagrada em termos gerais no processo civil italiano.

Vê-se com efeito de um resumo publicado por FOSCHINI, sob o título *I Motivi del Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia*, apud SCAMUZZI, in *Il Digesto italiano*, VIII, Parte I, 65, n.º 86) em que está reproduzida a *Acta* n.º 3 da Sessão de 19 de Abril de 1865 da «Comissão nomeada para a coordenação dos Códigos e das Leis Judiciárias» em relação ao art. 2.º da Lei de 2 de Abril do referido ano (cf. *infra*, 267 nota 362) que o Comissário Senador CASTELLI propôs por escrito o seguinte tema a examinar: — que «entre os vários sistemas de conciliação lhe parecia preferível o de Genebra (1819) que sem constranger as partes a submeterem-se preventivamente à tentativa de conciliação diante de um funcionário que seria incompetente na maior parte dos casos para definir juridicamente a controvérsia, comete ao juiz competente o *paternal officio* de interpor-se entre os dois litigantes num momento em que pode já estar em condições de *apreciar as respectivas razões e direitos*. Foi-lhe, porém, respondido: que «seria perigoso fazer conciliadores os Magistrados, dos Pretores em diante, nas causas da sua competência, porque o magistrado, ao tentar a conciliação, facilmente *toma partido na causa e manifesta o seu voto*»; e «no Código de Processo entendeu-se facilitar de toda a maneira a conciliação *sem fazer pressão às partes*».

O mesmo argumento contra a opinião de CASTELLI aparece formulado pelo próprio Ministro VACCA na *Relazione A. S. M. Sul Codice di Procedura Civile de 1865*, nos seguintes termos: — «Ao providenciar sobre a disciplina da instrução, foi manifestado o pensamento de tornar

Quanto à segunda das indicadas legislações e ao sugestivo exemplo dos §§ 495.º e segs. da Ordenação Processual alemã (após a Reforma de 23 de Fevereiro de 1924), trata-se de um preceito particular do moderno direito processual alemão, também explicitamente mencionado pelo nosso legislador de 1939, como prova da receptibilidade, por parte das legislações modernas, da ideia da conciliação judicial, (ainda que neste caso, em princípio, apenas preliminar); que tida embora

obrigatória a tentativa de conciliação e de estender aos Tribunais e às Relações o preceito do artigo 417.º que impõe ao Pretor tentar a conciliação das partes durante a tratção da causa. Mas se esta disposição foi mantida quanto à jurisdição dos Pretores que tem um carácter próprio de *simplicidade* e de *familiaridade*, pareceu de repelir quanto aos Tribunais e quanto às Relações, não podendo ser isento *nem de suspeição nem de perigo* o facto de julgar hoje aquele magistrado que tratou ontem em vão da conciliação e que ao fazê-lo manifestou *uma pré-concebida opinião*. (Vid. *Relazione* citada, *apud* BORSARI, *Il Codice Italiano di Procedura Civile annotato*, terceira edição, I, 1872, 17). Cumprindo todavia observar que a proposta de CASTELLI em análise foi retomada por CHIOVENDA, em 1919 (art. 63.º do seu famoso Projecto), e só foi convertida em lei no Código de 1940.

O referido argumento contra a opinião de CASTELLI é, aliás, corrente entre os adversários da moderna conciliação judicial; e foi também invocado por BARBOSA DE MAGALHÃES na Comissão Revisora do Código de Processo de 1939, entre as várias razões com que este autor procurou opor-se vigorosamente à consagração deste tipo de conciliação no sistema legislativo processual entre nós promulgado naquele referido ano (cf. a já aludida *Acta* n.º 19 da mencionada *Comissão Revisora* no citado vol. de 1946 da *Rev. Ord. Adv.*, 326, e também em parte reproduzida por ALBERTO DOS REIS no *Código de Processo Civil anotado*, vol. III, 173 ss., e pelo próprio BARBOSA DE MAGALHÃES nos seus citados *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, 57). — E vid. também uma vaga (embora algo inconsequente) alusão do Ministro MANUEL RODRIGUES, a este argumento no Relatório analisado na nota 350 (de pp. 262-267), designadamente, na pág. 5.

por alguns autores e legisladores modernos por inconveniente ou inútil (este o motivo por que tal instituto não foi, como vimos, consagrado no Código de Processo Civil brasileiro de 1939 e foi também combatido no seio da Comissão de elaboração do nosso Código de Processo Civil daquela mesma data) ⁽³⁵⁵⁾, todavia imprime inegavelmente natureza jurisdicional à conciliação preliminar perante o *Amtsgericht* ⁽³⁵⁶⁾. Facto que poderia em princípio explicar-se apenas por razões também particulares à índole de processo preparatório que essa modalidade de conciliação revestia no então vigente direito alemão ⁽³⁵⁷⁾ — a qual, a despeito da sua aparente e inevitável aplicação à teoria dos negócios processuais em geral, pode, todavia, reconduzir-se a razões de ordem técnica e política que não quadram porventura à maioria dos demais direitos processuais modernos, inclusive o nosso.

Bastaria a este propósito tão-só pensar nos vincados acentos de autoritarismo de muitos aspectos da legislação e da doutrina alemã dessa época histórica, mesmo fora do âmbito do direito processual ⁽³⁵⁸⁾: — mas que exactamente neste âmbito vieram a assumir certas expressões de natureza inqui-

⁽³⁵⁵⁾ Vid. o último autor e lugares citados na nota antecedente.

⁽³⁵⁶⁾ Vid., por todos, NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, cit., 2.^a ed., Tübingen 1952, § 80, I, 312, e SCHÖNKE, *trad. cit.*, § 83, IX, 299.

⁽³⁵⁷⁾ Vid. neste sentido, entre muitos outros autores alemães, o que explicitamente referem VOLKMAR e NEUNER, nos seus já citados e importantes estudos *La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 Ottobre 1933 e la sua importanza dal lato della politica legislativa* (na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1934, 276 e 277) e *Il progetto di un nuovo regolamento per il processo civile tedesco* (mesma *Rivista*, 61 e 63), respectivamente.

⁽³⁵⁸⁾ Cf. autores e obras citadas na nota antecedente, 273, 277 e 278, e 58, 61, 63 e 64, respectivamente; e de modo especial VOLKMAR, *o. c.*, 273.

sitória extrema ⁽³⁵⁹⁾, que não lograram qualquer repercussão no nosso direito positivo do mesmo período histórico. — E em certos outros aspectos de ordem eminentemente técnica em que o nosso legislador não quis, ou não soube, seguir o exemplo alemão, como seja a estrutura essencialmente instrutória da audiência preliminar perante o referido juiz singular (*Einzelrichter*) — extensiva ao *Amtsgericht* mesmo em matéria de tentativa preliminar conciliatória: — que, aliás, serviu em certo modo de modelo ao juiz instrutor francês (na Reforma de 1935 e ulteriores) e ao próprio juiz instrutor italiano (no Código de 1940) ⁽³⁶⁰⁾.

Da mesma sorte, também o paralelo com o moderno e progressivo direito processual francês do presente século e com o citado art. 75.º do *Anteprojecto da Associação Nacional dos Advogados Inscritos*, de 1934, não conduz linearmente e com plena segurança à conclusão de que o Ministro português, ao aludir ao exemplo daquele direito, tivesse em mente o citado Anteprojecto; dado que a sua total omissão no *Rela-*

⁽³⁵⁹⁾ Como ocorreu, em especial: — com a permissão do uso da *ciência privada do juiz* na decisão da matéria de facto; — com a *simplificação*, e por vezes até *abolição*, do *dever de motivação* das sentenças, pelo *Decreto de 16 de Maio de 1942* (último duma série de três Decretos ditos de *simplificação* — *Vereinfachungsverordnung*); — e com a consagração do princípio do recurso de *revisão oficiosa* das sentenças civis em geral, pela *Lei de 15 de Julho de 1941*, que levou CALAMANDREI a afirmar impressivamente que em face deste diploma legal «o caso julgado» ficou no direito processual alemão «*morto e sepultado*». (Vid. sobre todos estes pontos o mencionado CALAMANDREI na já citada *Rassegne di letteratura e legislazioni straniere*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1942, I, 279 ss, e a nossa já citada *Atendibilidade*, 124, 125 e nota 1, 126 nota 2 e 127 ss.

⁽³⁶⁰⁾ Vid., por todos, no cit. *Relatório Grandi*, n.º 8, p. 19, uma explícita referência a este importante aspecto da questão.

tório em referência pode até denotar que o nosso legislador processual nem sequer o conhecia.

Finalmente, também nada teriam à primeira vista de definitivo as razões extraídas quanto ao nosso direito histórico quer do art. 162.º do *Projecto de Constituição de 1821*, quer dos já referidos e altamente impressivos preceitos dos três *Projectos* (de *Código Geral*, de *Código Politico* e de *Ordenações*) da autoria de SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA — que tão forte inspiração seguramente haviam de ter sofrido do pensamento jurídico francês de pendor jurisdiccionalístico já então dominante⁽³⁶¹⁾ naquele país, por influência em especial de BENTHAM, de BELLOT e de MEYER (embora inegavelmente o superassem, pelo vigor e nitidez das fórmulas utilizadas por aqueles nossos citados *Projectos* legislativo e do eminente autor em foco): — pois que tais preceitos não foram, nas suas linhas gerais, sequer parcialmente reproduzidos em qualquer das nossas Constituições liberais, nem na abundante legislação processual ulteriormente promulgada (designadamente nas reformas de 1832 e de 1841 e nos três diplomas ou codificações processuais fundamentais de 1876, de 1939 e de 1961); — nem, como dissemos, são tão-pouco citados pela nossa mais autorizada doutrina do tempo ou posterior. — O que tudo parece dever induzir a crer que sofreram no nosso país aquela

(361) Ver-se-á na Parte II, Cap. II deste estudo que a doutrina e a legislação francesa, não obstante a natureza predominantemente individualística do processo civil de 1806, adoptaram desde muito cedo uma posição de pendor bem nitidamente jurisdiccionalístico quanto ao instituto da conciliação; o que constitui, sem dúvida, uma das mais importantes contribuições daquela doutrina e direito à solução do problema no sentido que supomos inteiramente dominante nas legislações processuais mais progressivas dos nossos dias (vid. *infra*, Parte II, Cap. II e *supra*, 67 nota 58).

mesma reacção e aquele mesmo decidido repúdio que a já referida proposta de CASTELLI sofrera em 1865 ⁽³⁶²⁾, a despeito do seu *pleno e definitivo triunfo* legislativo, três quartos de século mais tarde, no famoso Código de Processo Civil italiano de 1940 (cits. arts. 183.º e 185.º).

Portanto a questão, como se disse e uma vez mais acaba de ver-se, não pode deixar de ficar em aberto, nesta simples e despretenciosa (embora algum tanto aliciante) tentativa de formulação e reelaboração do problema em apreço olhado de uma perspectiva jurisdicionalística.

32 — Mas também não pode deixar de se mencionar e de se sublinhar desde já, para fecho desta Primeira Parte de quase pura introdução ao tema em análise, que, além das já indicadas, há na doutrina em geral (e nas doutrinas italiana, francesa, alemã e austríaca em particular), outras fortes (por vezes até pujantes) embora algo esparsas e desarticuladas florações da indicada feição jurisdicionalística que nos propomos sustentar no presente estudo. — As quais importa

⁽³⁶²⁾ Vid. o curioso e já referido debate travado entre CASTELLI e os autores do Projecto e do Código de Processo Civil italiano de 1865 (PISANELLI e VACCA): — quanto ao primeiro, no já citado (*supra*, 269 nota 354) escrito de FOSCHINI reproduzido por SCAMUZZI no vol. VIII do *Il Digesto Italiano*, sob o vocábulo *Conciliatore*, 65, e quanto ao segundo no também já referido *Relatório* do Código de 1865, reproduzido por BORSARI no mencionado *Il Codice italiano di Procedura Civile annotato*, 16 e 41, parcialmente por SCAMUZZI, *o. c.*, 66, n.º 87, 2.ª col.

Mas tão-pouco podemos esquecer que alguns autores italianos de reconhecida autoridade, ou se opuseram ou pelo menos se mostraram cépticos sobre o interesse e utilidade da consagração da conciliação mesmo judicial no decurso do processo na hoje vigente lei processual italiana. Vid. já cit. *Osservazioni e proposte*, II, 169, 171, 172 e 173, e *supra*; 268.

sobremaneira detalhar e completar, traçando, pelo menos, um breve roteiro ou esquema dos ásperos caminhos a percorrer para se poder chegar, com relativa segurança e força de convicção, à referida solução: — e demonstrando, assim, que, ao lado das longas e conhecidas vias que conduzem à teoria tradicional de base essencialmente contratualista, outras se nos oferecem, com não menos atractivos, nem menores condições de confiante tranquilidade, que seguindo em direcção diametralmente contrária conduzem, praticamente, à mesma distância e à mesma profundidade histórica, e a idênticas e não menos amplas zonas da doutrina e do direito comparado (³⁶³).

É o que, dentro do esquema delineado, importaria em princípio demonstrar, embora muito sucintamente, nos Capítulos que integram a Segunda Parte deste ensaio.

Dada, porém, a inevitável extensão que essa demonstração de qualquer modo exigiria, e as limitações (sobretudo de tempo) que neste momento se nos impõem para a podermos levar a cabo, vamos circunscrever-nos neste Primeiro Volume, como já anunciámos (³⁶⁴), a analisar com algum detalhe apenas uma das mencionadas fontes doutriniais e legislativas fundamentais do nosso vigente sistema de direito positivo: — o direito e a doutrina italiana. — Deixando para um projectado Segundo Volume da presente investigação, por um lado, a exposição e apreciação crítica das outras várias fontes doutriniais e legislativas também acima referidas (nomeadamente, na parte de reconstrução histórica do nosso actual

(³⁶³) A este breve roteiro far-se-á oportuna e mais pormenorizada referência no Cap. II da Parte II, conclusivo deste Primeiro Volume da presente investigação.

(³⁶⁴) Vid. *supra*, 267 nota 351.

sistema legislativo); — por outro, o estudo e determinação da disciplina normativa do instituto em exame, visto essencialmente à luz da indicada tentativa da sua reelaboração técnico-dogmática, encarada segundo uma perspectiva de base jurisdicionalística.

Importando, entretanto, desde já e uma vez mais sublinhar que, a despeito das intensas dúvidas acima apontadas (com que a cada passo se depara no desenvolvimento do presente tema), estamos plenamente persuadidos de que as várias e importantes fontes legislativas invocadas pelo legislador português de 1939 para justificar a sua proposta de consagração (ou melhor de manutenção) no nosso sistema processual positivo do instituto da conciliação, sobretudo judicial — os indicados exemplos das modernas tendências da doutrina e da legislação italiana, reveladas no então recente estudo de LIEBMAN acima citado ⁽³⁶⁵⁾, e dos próprios sistemas legislativos consagrados pelas também então recentes e já citadas e famosas reformas processuais austríaca de 1895, alemã de 1924 e francesa de 1935 ⁽³⁶⁶⁾, além da alusão à nossa própria tradição histórico-legislativa — são, em princípio, inteiramente *concordantes*, ou pelo menos *confluentes*, na modelação duma concepção de pendor marcadamente jurisdicionalístico da conciliação judicial moderna. — Sendo que, através destas mesmas legislações, se revelaram e chegaram até nós os resultados de todo o profundo e laborioso esforço especulativo e construtivo da doutrina e da política legislativa processual dos dois últimos séculos: — que da mesma sorte (e não

⁽³⁶⁵⁾ Trata-se do já mencionado e conhecido escrito *Risoluzione convenzionale del processo*, publicado na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1932, 280 ss.

⁽³⁶⁶⁾ Já várias vezes citadas no decurso deste estudo. Cf. *supra*, 117 nota 138, 249, 259, 261-262 e nota 350 e 274.

obstante as profundas discrepâncias, imprecisões e insuficiências reveladas nesta matéria pela mais recente elaboração doutrinal de feição essencialmente dogmática acima aludida) ⁽³⁶⁷⁾ conduziram, quanto a nós, como oportunamente se verá, nas legislações modernas a uma visão essencialmente *jurisdicionalística e paternalística* do instituto em exame.

Acrescendo que o interesse do rigoroso conhecimento dos resultados daquele notável esforço *doutrinal e de política legislativa* e do seu indicado pendor jurisdicionalístico para a interpretação do nosso vigente sistema de direito positivo reside também, entre outros ponderosos motivos, no seguinte:

Em primeiro lugar, na manifesta tendência dos legisladores portugueses de todo o nosso amplo movimento de reformas processuais iniciado em 1926, para se inspirarem na mais autorizada doutrina e no exemplo do intenso trabalho de reelaboração legislativa e pré-legislativa a esse tempo em curso sobretudo na Itália, traduzido na imponente série dos numerosos e valiosos projectos legislativos processuais elaborados naquele país, sobretudo a partir da segunda década deste século: — designadamente, os já citados *Projectos* de CHIOVENDA, de MORTARA, de CARNELUTTI, de REDENTI e de SOLMI; sem excluir, como acabámos de ver, o seu mais vivo interesse por tudo o que também no mesmo domínio se passava na França, na Áustria, na Alemanha, na Suíça e noutros países.

Em segundo lugar, no facto de o então Ministro da Justiça, MANUEL RODRIGUES, nos memoráveis e já referidos *Relatórios* dos Decretos n.ºs 12 353, de 22 de Setembro de 1926 ⁽³⁶⁸⁾

⁽³⁶⁷⁾ Como decorre do que se referiu e se procurou documentar, *supra*, 120-128.

⁽³⁶⁸⁾ Assim sucedendo que o próprio ALBERTO DOS REIS, autor do *Relatório* deste primeiro Decreto, confessa abertamente, quer nesse mesmo *Relatório*, quer em toda a sua obra científica ulteriormente

e 21 694, de 29 de Setembro de 1932 ⁽³⁶⁹⁾, ter invocado expressamente, como vimos, alguns desses mesmos exemplos doutrinários,

publicada (ver, em especial, os já citados escritos *La riforma del Processo Civile portoghese, Estratto della «Riv. Dir. Proc. Civ.»*, VII, n.º 2, Pádua 1930, 159 ss., e *O novo Código de Processo Civil português*, Conferência lida na Faculdade de Direito de Santiago de Compostela no dia 26 de Abril de 1944, Coimbra 1945), ter procurado seguir entre nós muito de perto as mais modernas e progressivas soluções adoptadas pelo direito austríaco de KLEIN e preconizadas por CHIOVENDA no seu famoso *Projecto*: entre as quais se contam, precisamente, os já citados § 204 da Z. P. O. austríaca de 1895 e o art. 63.º do referido *Projecto Chiovenda*, que consagravam a conciliação judicial oficiosa no decurso da causa — preceitos estes que assim devem ser tomados como fontes legislativas do art. 28.º, n.º 4 do Decreto n.º 12 353 em referência.

⁽³⁶⁹⁾ Sobretudo o *Relatório* deste último Decreto de 1932, pode considerar-se, sem dúvida, memorável; não só pelo aspecto (francamente positivo) de revelar o grande e louvável interesse do legislador português pelo direito processual e pela política legislativa comparada (sendo nele profusamente referidas as legislações inglesa, francesa, suíça — de vários cantões —, alemã, austríaca, húngara, holandesa, espanhola, italiana, norte-americana, romena, finlandesa e dinamarquesa, e bem assim os mais importantes projectos legislativos do tempo (como os *Projectos* italianos de CHIOVENDA, CARNELUTTI e MORTARA, e o *Projecto* espanhol do CONDE DE ROMANONES, de 1918); mas ainda porque no ponto fundamental da *oralidade pura*, então introduzida na nossa legislação processual positiva, se nota nesse *Relatório*, como já acentuámos (*supra*, 89-115 e 142-149 nota 191), a profunda *desvirtuação* do verdadeiro pensamento oralista de KLEIN (com documentação da prova e recurso da matéria de facto) e dos autores e legislações nesse mesmo *Relatório* mencionados. (Vid. sobre este momentoso problema o que se disse *supra, ibidem*; e os nossos estudos *Revisão da Política Judiciária do Estado Novo, Reflexões sobre o problema da oralidade* e outros, também já citados *supra*, 24 nota 14, 38 nota 19, 47 nota 29, 87 nota 76, 100 nota 116 e 120 nota 140, e de próxima publicação).

pré-legislativos e até legislativos ⁽³⁷⁰⁾ como base das principais inovações por um e outro desses decretos introduzidas.

Por último, e fundamentalmente, como expressão inultrapassável do interesse dos legisladores portugueses de 1939 pela doutrina processualística italiana em geral (e na matéria de que nos ocupamos em particular) o facto de BARBOSA DE MAGALHÃES, diligente e categorizado membro da *Comissão Revisora do Projecto de Alberto dos Reis* de 1936, que elaborou o Código de 1939, ter trazido ao seio dessa Comissão o então recentíssimo e abalizado testemunho de CARNELUTTI sobre a natureza (jurisdicionalística) da conciliação judicial. — Com o surpreendente resultado de esta mesma Comissão ter querido adoptar expressa e deliberadamente ⁽³⁷¹⁾ a significativa fórmula «*solução de equidade*» preconizada por aquele eminente autor — que constitui a *chave* do sistema jurisdicionalístico por ele consagrado no preceito do art. 216.º do seu notável *Projecto*; e que, diga-se em abono do espírito progressivo e arejado dos nossos legisladores do tempo, o próprio legislador italiano não logrou reproduzir no seu famoso Código de 1940, a despeito de promulgado depois do nosso ⁽³⁷²⁾.

⁽³⁷⁰⁾ Como decorre da expressa alusão aos sistemas legislativos e projectos aludidos nas notas antecedentes, e da também explícita referência, constante do último *Relatório* cit., à «*experiência alheia*» como «*igualmente definitiva*» (cf. cit. «*Colectânea*» *Processo Civil e Commercial* de A. DE MOURA, Coimbra 1933, 138, e *supra*, 144 ss. nota 191 e 89 nota 80.

⁽³⁷¹⁾ Cf. *supra*, 242 ss. nota 322.

⁽³⁷²⁾ Vid. *supra*, *ibidem*; cumprindo todavia recordar uma vez mais que, além de CARNELUTTI, também preconizavam o uso da fórmula «*solução de equidade*» os autores do Parecer do Sindicato Fascista dos Advogados e Procuradores de Milão — DE FRANCESCO, MUGGIANI e BAGNALI (vid cit. *Osservazioni e Proposte*, vol. II, 173 e *supra*, 268 nota 352).

Vamos passar, pois, nos Capítulos que se seguem e compõem a Parte II deste Volume à anunciada análise (embora parcial) da doutrina estrangeira, fonte do nosso Código de Processo Civil de 1939.

Limitando-nos, porém, quase exclusivamente, pelos motivos acima indicados, à exposição e exame crítico da doutrina italiana; — e, dentro desta, à apreciação dos autores mais representativos da tendência jurisdicionalística que nos propomos demonstrar e documentar.

Nos quais, pela decisiva importância que as referidas doutrina e tendência ainda hoje revestem, nos termos e pelas razões acima assinaladas, para a interpretação do nosso vigente sistema legislativo, nos deteremos, por agora, um pouco mais atentamente do que em relação a quaisquer outros autores.

Dado que o tempo de que dispúnhamos e dispomos para a elaboração e apresentação deste estudo como dissertação de doutoramento já foi largamente excedido ⁽³⁷³⁾: — não nos permitindo dar, neste Volume, à apreciação das doutrinas francesa, alemã e austríaca e ao nosso próprio direito histórico ⁽³⁷⁴⁾ os amplos desenvolvimentos que elas igualmente comportam e merecem para a demonstração da tese que nos propomos sustentar da feição marcadamente jurisdicionalística da conciliação judicial moderna; — mas tão-só (e no específico sentido dessa demonstração) umas ligeiras notas críticas, sobretudo em relação à evolução do direito francês dos dois últimos séculos, que melhor nos permitam apreender a razão de ser e o alcance da mencionada tendência da doutrina italiana.

⁽³⁷³⁾ Como começámos por esclarecer na *Nota introdutiva* deste ensaio.

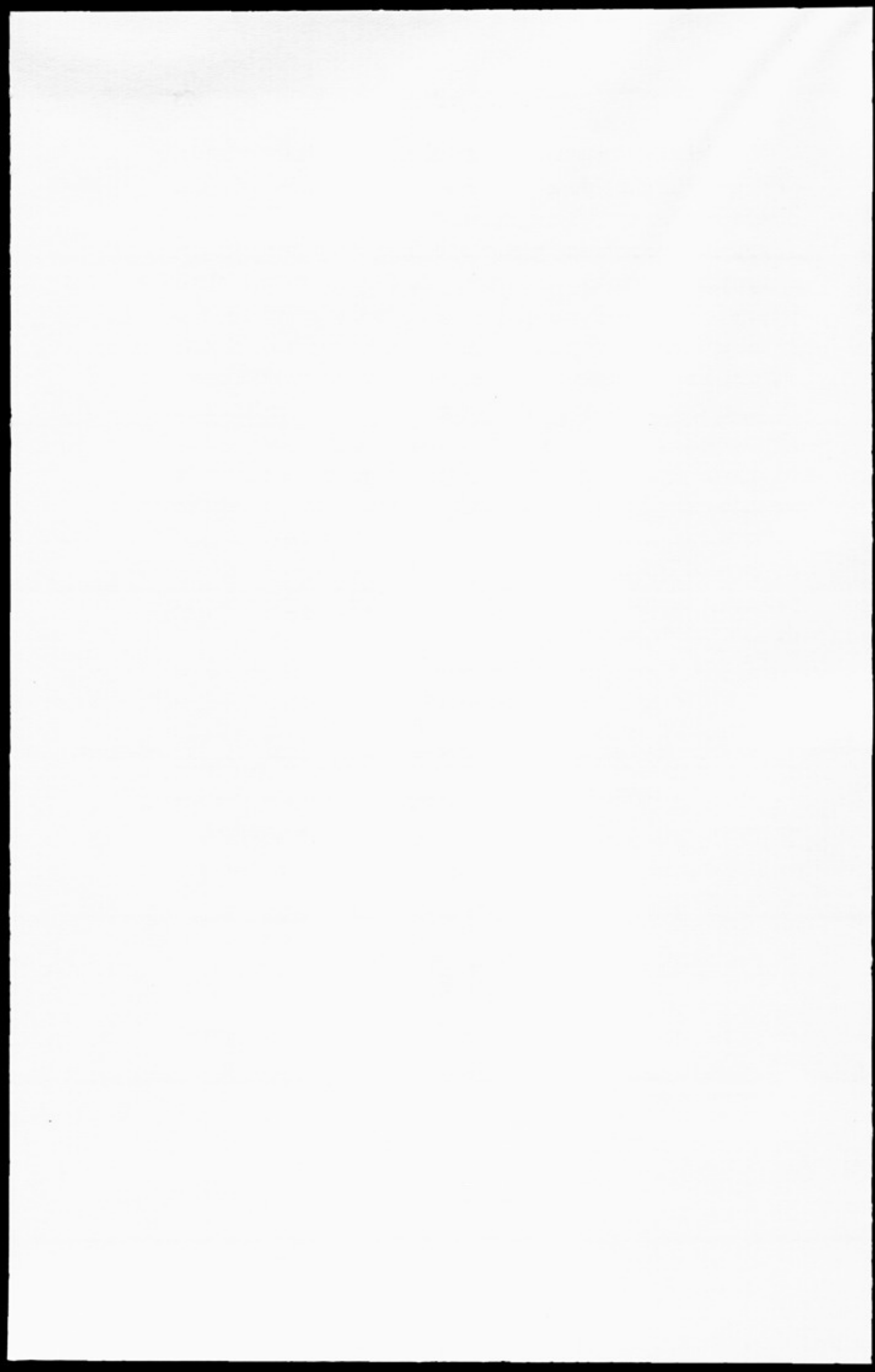
⁽³⁷⁴⁾ Vid. *supra*, 116 s. nota 138, 259, 261, 262 e nota 350, 274 e 276 ss.

E iniciaremos a análise desta última doutrina, tentando, fundamentalmente, num primeiro momento, depurá-la das desvirtuações e omissões com que CARRESI no-la retrata.

Para o que importa, portanto, definir, em primeiro lugar, a rigorosa posição do pensamento de CARNELUTTI perante o presente debate. — Posto que, como acabámos de referir, não só foi este eminente processualista o autor que mais directa e decisivamente inspirou os nossos legisladores de 1939, como foi, sem dúvida, também ele, quem mais aberta, insistente e vigorosamente logrou assinalar à recente e progressiva doutrina e à vigente legislação italiana, sobretudo a partir do segundo quartel do presente século, o *rumo jurisdiccionalístico* da moderna teoria da conciliação judicial⁽³⁷⁵⁾: — que mais ou menos conscientemente os nossos referidos legisladores, por força da sua directa e expressa remissão ao pensamento de CARNELUTTI, deliberaram seguir.

E isto sem de nenhum modo se querer ignorar ou subestimar a forte, quiçá também decisiva contribuição que outros autores, designadamente MORTARA, deram à expansão desta mesma corrente de orientação em Itália, como oportunamente e com certa largueza procuraremos demonstrar no decurso do subsequente Capítulo I, da Parte II do presente estudo.

⁽³⁷⁵⁾ Cf. *supra*, 254 e 256-257.



PARTE II

Fontes doutrinais e legislativas da conciliação judicial no vigente direito processual português

CAPÍTULO I

A orientação jurisdicionalística da conciliação na doutrina e no direito italiano moderno

34. Quanto à análise e interpretação do pensamento de CARNELUTTI visto à luz da crítica de CARRESI no plano e nos termos há pouco assinalados ⁽³⁷⁶⁾ — através dos quais, pelas múltiplas razões também acima enunciadas ⁽³⁷⁷⁾, importa travar um primeiro contacto com a mais recente doutrina italiana — tudo gira fundamentalmente à volta de saber se a conciliação judicial moderna constitui uma *mera mediação* (linha de orientação que CARRESI imputa a CARNELUTTI) ⁽³⁷⁸⁾, ou se no fundo se lhe contrapõe (verdadeira tese por este último autor perfilhada).

E não resta a menor dúvida de que CARRESI, ao pretender reproduzir, parafraseando, o pensamento do eminente e conhe-

⁽³⁷⁶⁾ Vid. *supra*, 233, 238-240 e nota 319, 246, 248, 249, 256-258 e 281.

⁽³⁷⁷⁾ Cf. *supra*, 238-240, 241-245, 247 nota 325, 248-249, 256-258 e 274-281.

⁽³⁷⁸⁾ Vid. *La transazione cit.*, n.º 12, p. 19; em cuja nota 2 da mesma referida pág. 19 CARRESI alude explicitamente ao n.º 59 do vol. I do *Sistema* de CARNELUTTI.

cido processualista italiano, afirma explícita e peremptòria-mente, como vimos, que «o juiz que concilia as partes age em relação a estas *como um mediador*, posto que a sua acção se desenvolve *fora e não na substância* do contrato que estas estipulam» (379).

Sendo, porém, não menos certo que, em contrapartida, todo o esforço desenvolvido por CARNELUTTI no *Sistema* (e precisamente na parte citada por CARRESI em que trata da conciliação) (380), é deliberadamente no sentido de demonstrar que a conciliação judicial *se contrapõe à mediação*: — dado que nesta última o terceiro (mediador) «visa uma *composição contratual qualquer*, sem se preocupar com a sua justiça»; enquanto que na actividade conciliatória o juiz, como conciliador, «tende pelo contrário» a promover uma «*composição justa*» (381). — Sublinhando vigorosamente a este mesmo propósito o autor ora em apreço, que é precisamente nesta contraposição, que diz respeito aos *fins específicos* de um e outro institutos (mediação e conciliação), que reside «*a nota diferencial, delicada e preciosa*» que os separa e contradistingue (382).

E a completar o seu pensamento CARNELUTTI afirma, por último, que «deste modo a conciliação está *a meio* entre a mediação e a decisão» (judicial): tendo «*a forma da primeira e a substância da segunda*» (383).

(379) *Ibidem*; cumprindo-nos todavia observar que os sublinhados são nossos.

(380) Cf. o supramencionado n.º 59 do *Sistema* (pp. 173-178).

(381) *Ibidem*, 174.

(382) Vid. *Sistema* cit., 174 (sendo o sublinhado nosso).

(383) *Ibidem* (continuando o sublinhado a ser nosso). É saliente-se também desde já que uma ideia muito semelhante aparece em MORTARA,

Quer isto dizer, em síntese, que, mesmo sem se ir mais longe (e CARNELUTTI é bastante minucioso e insistente na acentuação e fundamentação deste carácter diferencial dos dois institutos), já se deixa ver que CARRESI diz *diametralmente o contrário* do que CARNELUTTI aberta e inequívocamente afirma.

Com efeito, e num primeiro momento, vê-se que para CARRESI o conciliador se comporta como um *simples mediador*, posto que a sua acção se exerce «*fora e não na substância* do contrato que as partes estipulam»⁽³⁸⁴⁾; enquanto que para CARNELUTTI, como também acaba de ver-se, a conciliação tem apenas a «*forma*» (ou «*estrutura*») da «*mediação*» («*intervenção de um terceiro*»), mas a «*substância*» da «*decisão*» (judicial); — dado que o seu fim («*escopo*») é «*promover uma composição contratual justa*»⁽³⁸⁵⁾.

E num segundo momento constata-se que para CARRESI,

quando este autor explicitamente refere que na conciliação «a representação dos elementos da relação processual contenciosa está, por assim dizer, *reduzida a metade*» (cit. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, III, Milão, ed. Dottor Francesco Vallardi, sem data, 11); e quando no mesmo sentido também afirma que para haver conciliação importa que haja entre as partes uma verdadeira «*controvérsia*», porque o conciliador não é um simples mediador que como tal se interponha nas discussões entre particulares que dizem respeito à determinação dos termos e cláusulas de um contrato que entre eles se debate, sendo evidente a necessidade de colocar a conciliação «em uma zona extrema (ou de confins) do campo jurisdicional ou da função jurisdicional» (cf. *Commentario cit., ibidem* e p. 25; e igualmente no mesmo sentido *Manuale della Procedura Civile*, I, Turim 1913, 580; — e vide também *infra*, n.º 51 ss.).

(384) Cf. *o. l. cit.* na p. 283 nota 378.

(385) Cf. *Sistema cit.*, n.º 59, al. *b*), p. 174.

o conciliador, como mediador que é, não entra consequentemente na substância do acordo, limitando-se a sua função à de um simples «pacificador que entrepõe os seus bons ofícios com o fim de dirimir a lide»⁽³⁸⁶⁾; — enquanto que para CARNELUTTI, pelo contrário, se torna evidente que entra nessa substância e por ampla via: — porque, uma vez que tem de promover a *composição justa*, por isso mesmo tem em princípio de procurar cingir-se à «substância» da decisão judicial, embora porventura até melhorada pela finalidade e requisitos específicos da solução «amigável» ou «de equidade» (fórmulas para CARNELUTTI e para muitos outros autores italianos, franceses e alemães de sentidos absolutamente equivalentes)⁽³⁸⁷⁾.

Mas, sublinhando com insistência e inexcedível vigor este seu inequívoco pensamento, CARNELUTTI vai ainda mais além — chegando ao ponto de afirmar que quando o conciliador desempenha «simples função de mediador» há verdadeira «*degeneração prática*» do instituto e da própria função conciliatória⁽³⁸⁸⁾.

E por sua vez na enumeração dos motivos que aponta como causas dessa degeneração da conciliação, ainda mais nitidamente avulta a *natureza substancial e não meramente formal* da actividade do juiz ao ter de procurar uma «*composição justa*».

Eis a este propósito algumas das suas próprias e incisivas palavras:

«Em realidade sucede muitas vezes — diz CARNELUTTI —

⁽³⁸⁶⁾ Vid. *o. c.*, n.º 30, p. 53.

⁽³⁸⁷⁾ Cf. *Sistema cit.*, n.ºs 59 e 60, pp. 175-179, *passim*, e *supra*, 192 ss. e notas 239 e 240.

⁽³⁸⁸⁾ *Ibidem*, 174 e 176, *al. c.*

que o órgão jurisdicional» vê no exercício da função conciliatória, mais «um meio para se eximir ao estudo da controvérsia do que para obter, através da vontade das partes, a justa composição» dos litígios que as dividem; e, por isso, exerça, (porventura «muitas vezes até sem habilidade») «*simples função de mediador*»⁽³⁸⁹⁾. Chegando mesmo a acrescentar «que este facto não obscurece a noção do instituto mais do que o *cativo exercício* da função jurisdicional pode obscurecer o fim do processo»⁽³⁹⁰⁾.

E idêntico pensamento de base marcadamente jurisdicionalística aflora uma vez mais, com particular intensidade e nitidez, quando o mesmo eminente autor pretende justificar a natureza e o fim da função conciliatória (como verdadeira actividade de *juízo* e não de simples mediação), deduzindo essa natureza, entre outras razões, da circunstância de o legislador ter confiado a função de conciliação a um juiz⁽³⁹¹⁾. — Pois sublinha impressivamente a tal respeito que «a degradação deste (como conciliador) à *simples função de mediador*, cujo esforço prescinde da justiça da composição, seria uma *verdadeira anomalia*, praticamente tanto mais grave nos casos em que o mesmo juiz, falhando a tentativa de conciliação, passa à decisão (arts. 417.º e 464.º do Cód. de Proc. Civil)»⁽³⁹²⁾.

E deixa assim aberto o caminho para o remate lógico de

⁽³⁸⁹⁾ *Ibidem*, 174.

⁽³⁹⁰⁾ *Ibidem*, 174-175 al. b); — cumprindo-nos uma vez mais observar que os sublinhados da presente nota e da nota antecedente são todos nossos.

⁽³⁹¹⁾ Vid. *Sistema cit.*, 175-176.

⁽³⁹²⁾ *Ibidem*, 176. — CARNELUTTI alude aqui aos casos directamente previstos nos arts. 417 e 464 do Código de Processo italiano, relativos à conciliação perante os conciliadores e os pretores.

toda a sua construção: — pondo agora directamente em evidência não o contraste entre a conciliação e a mediação, mas antes o *forte paralelismo* existente entre a conciliação e a decisão judicial.

Ora, procurando dar, neste novo plano, especial relevo aos singulares pontos de contacto decorrentes entre estes dois tipos de composição das lides, CARNELUTTI volta precisamente a sublinhar, em flagrante contraste com a transcrita interpretação de CARRESI⁽³⁹³⁾, que na conciliação, como *composição justa* que é, há uma perfeita *equivalência* com o processo, «não tanto do lado da eficácia como sobretudo *do lado da substância*»⁽³⁹⁴⁾. — E fecha a análise deste novo e importante paralelo — entre a conciliação e a decisão judicial — nestas muito significativas e concludentes sínteses:

Em primeiro lugar, salientando que «a composição obtida mediante a conciliação tinha, no pensamento da lei, um carácter particular (*a justiça*), que a distancia da simples composição contratual e a aproxima da composição judicial»⁽³⁹⁵⁾;

Em segundo lugar, sustentando que tida em conta a «estreita conexão prática existente entre a actividade de conciliação e a actividade de decisão», estas duas actividades «acabam quase por se confundir no sentido de que a *decisão é uma conciliação imposta às partes* ou a *conciliação uma decisão aceita por estas*»⁽³⁹⁶⁾;

E sublinhando, por último, que «é tão verdadeira esta *equivalência substancial* da conciliação com o processo que

⁽³⁹³⁾ O. c., n.º 19, e n.º 30, 53.

⁽³⁹⁴⁾ Sistema cit., 177.

⁽³⁹⁵⁾ Cf. o. c., 176, al. c).

⁽³⁹⁶⁾ Ibidem, al. d).

até, em certas situações, a conciliação pode aparecer como o *primeiro rudimento da jurisdição*»⁽³⁹⁷⁾.

35. Em face do confronto que se deixa vagamente delineado (e que podia sem dúvida ser levado bastante mais longe) entre o que CARNELUTTI efectivamente pensou e escreveu no *Sistema* e a forma como CARRESI o interpretou — afastando-se, quanto a nós, profundamente da linha essencial do seu pensamento; — e dado que este último autor invoca também as *Istituzioni* (obra posterior em 6 anos ao *Sistema*), e que, por outro lado, CARNELUTTI teve várias flutuações de pensamento (a começar por aquela que o próprio *Sistema* denuncia em relação à célebre nota de jurisprudência crítica publicada em 1914)⁽³⁹⁸⁾: — era em princípio legítimo chegar a pôr-se a hipótese de admitir que este autor tivesse porventura alterado profundamente nas aludidas *Istituzioni* a opinião por ele antes definida e sustentada no *Sistema*; — e que fosse essa a razão da interpretação aparentemente viciosa de CARRESI (que acaba de analisar-se no número antecedente) em relação a esta última obra: — posto que, em um dos passos essenciais da sua referida *Transazione* (a pp. 53 e 54), o mencionado autor se reporta em especial às *Istituzioni*, não aludindo sequer (senão indirectamente) ao *Sistema*⁽³⁹⁹⁾.

Mas teria sido assim?

⁽³⁹⁷⁾ *Ibidem*, 177, al. e); — sendo os sublinhados destas três últimas notas todos nossos.

⁽³⁹⁸⁾ Vid. *supra*, 123 nota 146, 239 s. e nota 319 e 247 nota 325.

⁽³⁹⁹⁾ Com efeito, na mencionada pág. 53 da obra em análise, CARRESI remete-se ao que afirmara no n.º 12 sobre a função do juiz na conciliação como simples «pacificador»; — sendo certo que, nesse mesmo n.º 12, p. 19, o autor em referência alude explicitamente (na nota 2) ao n.º 59 do *Sistema* de CARNELUTTI. (Cf. também *supra*, 284 e nota 380 e 286 e nota 387.

Afigura-se-nos francamente que não, e vamos ver porquê.

No sentido de que CARRESI pudesse eventualmente ter por si alguma forte razão na apontada interpretação do pensamento expresso por CARNELUTTI no *Sistema*, podia em princípio pensar-se que a posição adoptada por este último autor nesta sua tão apreciada e importante obra não era realmente muito firme no indicado pendor jurisdicionalístico que se deixou assinalado: — dado que, por um lado, era incontestavelmente exacto, como refere CARRESI, não ter CARNELUTTI afirmado explicitamente em parte alguma das obras em análise a consequência lógica da *invalidade*, quando a conciliação não respeitasse aquela solução que segundo a opinião do juiz constituía a *justa composição* da lide; e, por outro, parecer que este eminente autor não havia mantido integralmente nas referidas *Istituzioni* a mesma linha de orientação perfilhada no primeiro volume do *Sistema*.

E com efeito, quanto a esta última e hipotizada razão, não obstante o carácter extremamente sintético e conciso das mencionadas passagens da referida obra ser ditado pela própria índole «institucional» da mesma (passe o pleonasma), poderia à primeira vista pensar-se que uma das suas referidas passagens relativa à conciliação parecia não coincidir inteiramente com a doutrina antes expendida por CARNELUTTI no supra-mencionado *Sistema*.

Pois que este autor, em frisante contraposição com a larga cópia de razões e argumentos produzidos neste último livro ⁽⁴⁰⁰⁾ (donde parece ressaltar, nitidamente, como acabamos de ver, a *oposição frontal* entre a mediação e a conciliação, e a inequívoca atribuição a esta última da função específica — *activa e positiva* — de promover uma *composição justa* dos litígios),

⁽⁴⁰⁰⁾ De págs. 173 a 178.

limita-se nas *Istituzioni* a dizer que «a natureza pública⁽⁴⁰¹⁾ do órgão conciliador, em ordem à equivalência funcional entre a composição da lide por obra das partes e por obra do tribunal, indica que a conciliação *não deve* tender a pôr as partes de acordo a *qualquer custo*, mas tão só a *sugerir* os termos de uma *composição equitativa*»⁽⁴⁰²⁾.

Parece assim constatar-se que, em efectivo e evidente contraste com a larga argumentação produzida no *Sistema* (a que acabamos de fazer muito abreviada e sintética referência) CARNELUTTI se limita agora: — por um lado, a marcar a *natureza pública* do órgão conciliatório; por outro, a sublinhar a *equivalência funcional* entre a composição amigável por acção das partes e por acção dos organismos oficiais; e, finalmente, a enunciar um critério essencialmente *negativo* da conduta do conciliador, ou seja, que este não deve tender a pôr as partes de acordo a qualquer preço, mas deve antes e tão-só *sugerir* os termos de uma *composição de equidade*.

36. Ora, não pode, até certo ponto, deixar de reconhecer-se que esta nova e sintética formulação do pensamento de CARNELUTTI, (se este quisesse continuar a exprimir a sua vinçada tendência jurisdicionalística definida no *Sistema*), não é efectivamente, no ponto de vista do rigor e nitidez da expres-

(401) Veremos em todo o caso que é da natureza pública da função da conciliação (porque confiada a um *órgão estadual* — o juiz conciliador, o pretor, ou o próprio tribunal ordinário) que CARNELUTTI deduz um dos principais argumentos a favor da natureza jurisdicionalística da actividade conciliatória, ou seja, da sua afirmada *equivalência funcional* com a decisão judicial (ou *composição justa*). — Cf. *Sistema* cit., 175-177.

(402) Vid. *Istituzioni del nuovo Processo Civile Italiano*³, Roma 1942, t. I, p. 62. E sublinhe-se que na quinta edição desta mesma obra (publicada em 1956), e também a págs. 62, se reproduz integralmente a passagem que no texto se deixa transcrita.

são, das mais felizes. — Pois que, atendendo aos quadros gerais da evolução histórica e doutrinal do instituto, e aos graves e consabidos precedentes práticos das conciliações abusivas (que vêm já, como é de todos conhecido, da época francesa revolucionária ⁽⁴⁰³⁾), e se repetem, sobretudo, nos períodos de crise das instituições judiciárias, como vimos ter sucedido também entre nós duas décadas atrás) ⁽⁴⁰⁴⁾ — poderia ser-se levado a admitir que CARNELUTTI tivesse apenas (ou fundamentalmente) pretendido pôr em relevo a directiva ou *recomendação* que costuma tradicionalmente fazer-se ao conciliador, quer no plano doutrinal, quer mesmo no plano técnico-legislativo, como linha de rumo da sua orientação na condução da composição amigável dos litígios — no sentido de este *nunca dever forçar* as partes às conciliações: — argumento que, como é óbvio e já se destacou atrás, ganha particular acentuação na conciliação judicial moderna da competência oficiosa do juiz da causa ⁽⁴⁰⁵⁾.

⁽⁴⁰³⁾ Vid. *supra*, 2 ss. e nota 2 e 44-46 nota 27.

⁽⁴⁰⁴⁾ Vid. *supra*, 1 ss. e notas 1 e 2. E merece a este propósito uma referência especial o vigoroso ataque que um autor italiano relativamente recente, já acima citado — MOLINARI — faz à conciliação judicial consagrada pelo Código de Processo de 1940 (art. 185); chegando a afirmar, como se aludiu na p. 201 nota 253, que a transacção «quando é renúncia (*hipòcritamente forçada*) ao próprio bom direito», envolve exactamente «*negação de justiça*» aludindo, por outro lado, a que ela é quase sempre, quando forçada, «fonte de lamentações, de recriminações, de dificuldades para os patronos, de humilhações», etc. (MOLINARI, *Un'esperienza fallita*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1946, 176).

⁽⁴⁰⁵⁾ Cf. ROSENBERG que, como já acentuámos, adverte a este propósito que o juiz deve usar nesta sua actividade de «tacto e prudência». (Vid. LEHRBUCH cit., § 58, III, 180 e *supra*, 4 nota 4 e 63 nota 50). E recorde-se que este ponto é tão importante, que tal *recomendação* ou *directiva* definidas no texto foram objecto da célebre *Circular* francesa

E, neste caso, ficaria em boa verdade um tanto esbatida a segunda e última parte da formulação utilizada por CARNELUTTI na obra em análise, dado aludir tão só (como possível critério positivo) à *mera sugestão* dos termos de uma composição equitativa.

Isto é: — a própria e já de si, sem dúvida, muito significativa alusão às *sugestões* de uma solução de equidade, não aparece em *primeiro plano*, como lado ou finalidade *positiva* e construtiva, *directa* e *transcendente*, da conduta do juiz na conciliação; mas antes, e tão-sòmente, como contra-face ou antecipada salvaguarda dos *eventuais desvios* do conciliador, na sua consabida tendência para induzir as partes a *quaisquer* soluções transaccionais ou conciliatórias, ainda que porventura *injustas* ou *iníquas* ⁽⁴⁰⁶⁾.

Só que, de qualquer maneira, e mesmo olhadas as coisas por este prisma, CARRESI deveria ter tido em conta, pelo menos, duas ponderosas ordens de circunstâncias:

— Em primeiro lugar, que não era, seguramente, através de uma formulação tão simples, embora aparentemente inequívoca, como a acima transcrita, que CARNELUTTI procuraria rectificar a sua posição em relação à tese consagrada e vigorosamente definida no *Sistema*, de teor tão marcadamente jurisdicionalístico, e sobretudo evidente na lapidar e reiterada contraposição que, como vimos, estabelece entre a *simples mediação* (na qual o terceiro em *nada se preocupa* com o equilíbrio e *justiça* do acordo adoptado pelas partes) e a

revolucionária do *Ano V* (já indicada e descrita *supra*, 44 nota 27); e lograram do mesmo passo entre nós expressa e significativa consagração histórico-positiva na nossa tão singular e ao tempo progressiva legislação liberal (cf. também *supra*, 45-46, cit. nota 27).

⁽⁴⁰⁶⁾ Vid. *supra*, 2-3, nota 2 e 44-46 nota 27.

conciliação judicial (em que, pelo contrário, o juiz conciliador *tem de procurar promover* apenas uma solução *justa* ou *equitativa*);

— Em segundo lugar, e fundamentalmente, que CARNELUTTI vinha usando, havia já muito tempo, nos seus escritos de expressões muito semelhantes e igualmente sintéticas (como as das *Instituições*) para traduzir a sua orientação jurisdiccionálica, definida e até certo ponto teorizada no *Sistema*: — designadamente, a impressiva fórmula «composição de equidade» («*equo componimento*»).

Pois, em boa verdade, quer já no artigo 216.º do seu notável *Projecto de Código de Processo Civil*, de 1926⁽⁴⁰⁷⁾, e no estudo publicado em 1929 na *Rivista di Diritto Processuale Civile* (vol. VI, I, pp. 3 e ss.) sob o título *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione* — que ele próprio classificou, como já referimos⁽⁴⁰⁸⁾, como uma espécie de «relatório» ou «exposição de motivos» daquele seu mesmo referido *Projecto* —, quer no escrito *Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione*, publicado na mesma *Rivista*, em 1934⁽⁴⁰⁹⁾, e nos dois já mencionados comentários e pareceres sobre os artigos 161.º e 182.º e ss., relativos à conciliação, do célebre *Projecto Solmi* (intitulados respectivamente, como vimos, *Intorno al Progetto Preliminare del Codice di Procedura Civile*, Milão 1937, p. 119, e *Appunti sul procedi-*

⁽⁴⁰⁷⁾ Intitulado como já aludimos (*supra*), *Progetto del Codice di Procedura Civile, presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, I, Pádua (Cedam), 1926.

⁽⁴⁰⁸⁾ Cf. *supra*, 242 nota 321 e *infra*, 297 nota 414.

⁽⁴⁰⁹⁾ Trata-se da *Postilla* de CARNELUTTI ao já mencionado estudo de VOLKMAR (*La nuova legge tedesca sul Processo Civile del 27 Ottobre 1933 e la sua importanza dal lato della politica legislativa*), publicados na mesma *Rivista* e ano, 273 a 288 e 289 a 295.

mento di cognizione secondo il progetto Solmi, in *Rivista cit.*, vol. XIV, ano de 1937, p. 273), ele havia utilizado, sempre no mesmo sentido, aquela mencionada e impressiva fórmula, *composição de equidade*.

Tendo estes dois últimos estudos sido publicados apenas um ano depois do *Sistema*, e traduzindo, conseqüentemente, a mesma linha fundamental de pensamento; — e sendo também de sublinhar a impressionante reiteração do uso daquela fórmula, bem como a longa série e a sucessão de datas destes vários escritos (1926, 1929, 1934, 1936 e 1937): — posto que a terceira edição das *Istituzioni* havia sido publicada em 1942; e que a quinta edição desta última obra, rigorosamente do mesmo teor quanto ao ponto em análise, foi publicada em 1956.

Quer isto em síntese dizer: — que há, sem dúvida, uma forte continuidade do pendor jurisdicionalístico do pensamento de CARNELUTTI traduzida no facto de, em pelo menos cinco, seis ou sete vezes que aborda o tema da conciliação sob as mais diversas perspectivas (e durante onze, dezasseis, ou mesmo vinte anos) usar sempre a mesma fórmula «composição de equidade» utilizada no *Sistema* e nas *Istituzioni*; devendo outrossim sublinhar-se que em todos esses mencionados escritos, e durante aquele largo período de tempo, ressalta claramente que o eminente processualista faz do uso da referida fórmula — «*equo componimento*» — a verdadeira chave da base jurisdicionalística de todo o seu esquema de pensamento.

Isto é, aliás, particularmente nítido, (senão mesmo assaz evidente) nos dois aludidos comentários ao *Projecto Solmi* há pouco referidos: nos quais CARNELUTTI explicitamente refere⁽⁴¹⁰⁾ (agora em pleno campo de política legislativa)

(410) Vid. os cits. escritos *Intorno al Progetto Preliminare* (p. 119) e *Appunti* (in *Rivista* também cit., p. 273).

que «pelo que respeita em particular à tentativa de conciliação, parece oportuno que na fórmula das normas que a impõem ou a consentem ao juiz, seja introduzida uma frase alusiva à *equidade* da composição, pois que a experiência ensina que muitas vezes os juizes favorecem e estimulam a conciliação sem se preocuparem com tal requisito da composição, no qual está a finalidade do instituto e a superioridade da *conciliação judicial* sobre a simples *mediação* (411).

Ora, em face desta tão vincada e constante directiva de técnica legislativa enunciada precisamente a propósito do teor das expressões a usar na *futura lei*, para traduzir a sua orientação de base jurisdicionalística, não pode restar a menor dúvida de que o emprego dessa mesma fórmula («composição equitativa») nas referidas *Istituzioni*, teve seguramente, e não podia deixar de ter, o alcance de *sublinhar* aquela mesma orientação do seu autor (412).

Veja-se e recorde-se uma vez mais ainda, em plena e eloquente comprovação do que acaba de afirmar-se, que era já claramente no mesmo sentido o teor do artigo 216.º do também já referido *Progetto del Codice di Procedura Civile* (413)

(411) Cumprindo ainda e uma vez mais sublinhar que durante a já referida discussão do *Projecto Solmi*, outros autores aludiram à necessidade de consignar na futura lei este importantíssimo critério de técnica legislativa propugnado por CARNELUTTI. — Sendo de destacar, pela grande nitidez de ideias neste sentido, o *Parecer do Sindicato fascista dos Advogados e Procuradores de Milão*, subscrito pelos advogados DE FRANCESCO, MUGGIANI e BAGNOLI (vid. *Osservazioni e Proposte* já cit., vol. II, 173 ss. e *supra*, 268 nota 352 e 279 nota 372).

(412) Vid. *supra*.

(413) *Projecto* este apresentado à *Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, vol. I, Pádua (Cedam) 1926.

elaborado por CARNELUTTI em 1926, onde se lê que «se as partes insistem na lide, o juiz deve antes de tudo procurar persuadi-las a uma composição equitativa» («*equo componimento*»).

E recorde-se igualmente que da justificação do teor e alcance deste projecto de preceito legal (expressa nos já citados *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, n.º 51, p. 64) ⁽⁴⁴⁾ ressalta também com particular nitidez a natureza jurisdicionalística do tipo de conciliação judicial nele consagrada. — Pois CARNELUTTI começa nesse estudo por afirmar que, «ao intento de obter a composição da lide pelo meio menos custoso, ocorre não só dispor a cessação do processo para o caso em que a autocomposição se tenha verificado, mas agir por forma a acrescer a probabilidade desta última»; e que é para «tal fim que provê o artigo 216.º do Projecto, com o qual o instituto da conciliação deveria definitivamente transformar-se» no direito italiano.

E assinala de seguida com inexcedível vigor e clareza o sentido (jurisdicionalístico) dessa «transformação»: — sublinhando, por um lado, o insucesso da conciliação preliminar na prática judiciária italiana, posto que «a experiência demonstrou que para a tentativa de conciliação um órgão *ad hoc* diverso do juiz, conta pouco ou nada», e que por essa razão «o fracasso do conciliador, como tal» era em Itália «um facto indiscutível»; — esclarecendo, por outro lado, que o que ocorre fazer «a fim de que o estímulo à conciliação» seja operante «é a autoridade e o conhecimento da lide: duas qualidades

(44) Publicados na *Riv. Dir. Proc. Civ.* (v. IV, I, 1929, 3-81), e que visam, como CARNELUTTI sublinhou (a pág. 3), «esclarecer os princípios» do seu citado *Projecto*, «suprindo assim a falta originária de um relatório, que prepare e facilite a sua leitura». — Cf. *supra*, 242 nota 321 e 294.

que o conciliador dificilmente possui», mas que «se encontram pelo contrário no juiz»; — acentuando ainda, por outro lado, que esta segunda qualidade (o *conhecimento da lide*) o juiz «não a adquire senão no decurso do processo»; e que «por isso o corpo do artigo 216.º lhe atribui a faculdade de renovar a tentativa de conciliação em qualquer momento da instrução»; e frisando, por último, como remate lógico da linha de pensamento que vimos de acentuar (e que neste estudo assume tão clara e concludente expressão), que «para chamar a atenção do juiz sobre a diferença entre a conciliação e a simples mediação» considerou «oportuno pôr a equidade como requisito da composição que o juiz deve procurar obter entre as partes» (art. 216.º, 1.ª parte) ⁽⁴¹⁵⁾.

37. E que não estamos sós (nem provavelmente equivocados) sobre o rigoroso alcance jurisdicionalístico que vimos de atribuir à orientação perfilhada por CARNELUTTI no *Sistema* e nas *Istituzioni* (e, portanto, sobre a apontada desvirtuação do pensamento deste eminente processualista por CARRESI), decorre claramente das que supomos serem as mais recentes contribuições (de sentido jurisdicionalístico) da doutrina italiana ao nosso tema. — Nas quais se revela com relativa precisão e vigor de conceitos, não só que o *Sistema* e as *Istituzioni* de CARNELUTTI são interpretados e acolhidos por categorizados e modernos autores italianos no sentido em que nós próprios os interpretamos, mas ainda que alguns desses autores (como que completando o próprio pensamento jurisdicionalístico de CARNELUTTI) chegam até a enunciar, mais ou menos explícita e abertamente, como já frisámos ⁽⁴¹⁶⁾, a mais impor-

⁽⁴¹⁵⁾ Cf. *o c.*, n.º 1, p. 64 e também *supra*, 246 nota 324.

⁽⁴¹⁶⁾ Cf. *supra*, 251 ss.

tante das consequências lógicas da referida concepção jurisdicionalística: — ou seja, a solução segundo a qual o juiz, como conciliador, *deve procurar impedir* a formação de conciliações *injustas* ou *iníquas*.

É o que se nos afigura ressaltar claramente, em primeiro lugar, de algumas passagens de um estudo recentemente publicado em Itália por FRANCO LANCELLOTTI na *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè 1961, VIII), sob o título de *Conciliazione delle parti* ⁽⁴¹⁷⁾ e (porventura um pouco menos precisamente) de outros vários escritos também recentes de DENTI e de PUCCINI que, num muito breve apontamento ⁽⁴¹⁸⁾, passamos a referir e a analisar.

Com efeito, o primeiro destes mencionados autores, citando expressamente (e corroborando assim) a opinião sustentada por CARNELUTTI no *Sistema* e nas *Istituzioni*, refere a certa altura do seu referido estudo: — «que é perfeitamente verdadeiro que a conciliação (pelo menos a promovida pelos órgãos públicos, administrativos ou jurisdicionais) não tende a uma *composição qualquer* mas aspira a uma *composição justa* da controvérsia»; acrescentando que «isto foi persuasivamente argumentado, na vigência do velho Código ⁽⁴¹⁹⁾, sob a base de várias disposições e com referência às relações histó-

⁽⁴¹⁷⁾ Estudo este já citado, *supra*, 251 nota 350.

⁽⁴¹⁸⁾ Dado que todos estes autores, pela largueza com que versam o tema em análise e pela valiosa contribuição que trazem à visão jurisdicionalística da conciliação, nos mereciam e merecem ainda no decurso deste estudo (pelo menos na parte de reelaboração sistemática) mais detalhadas referências. Cf. *infra*, Vol. II (em preparação).

⁽⁴¹⁹⁾ Refere-se ao Código de Processo italiano de 1865, revogado, como se sabe, pelo Código de 1940: — Código este último elaborado e promulgado sob a égide do governo de Mussolini.

rico-práticas entre a actividade de conciliação e a actividade de decisão» (420).

Seguidamente, o mesmo autor informa que este critério «foi reafirmado recentemente até se chegar à conclusão, embora tão-sòmente em relação à situação particular do processo individual de trabalho, que o juiz *devia chegar a impedir* a formação da conciliação quando esta conduzisse a resultados incongruentes e perturbadores, com respeito aos fins do ordenamento jurídico» (421).

Passa depois a sublinhar, com nitidez, o contraste entre a posição do juiz (como tal) e do conciliador; — asseverando que este último (o conciliador), diferentemente daquele (sempre vinculado à lei), para atingir os seus fins de composição «se inspira, mais do que na lei, no conceito de *equidade*»; e que nem mesmo a esta está rigorosamente vinculado «podendo e devendo tomar em consideração, também o aspecto puramente económico, da conveniência ou utilidade das partes» (422);

(420) É neste passo que LANCELLOTTI cita e se remete expressamente à opinião — que diz «persuasiva» — de CARNELUTTI emitida no *Sistema* (I, n.º 59, 170 ss.); — e precisamente a propósito do velho Código italiano de 1865: — posto que o cit. vol. I da obra em referência foi publicado em 1936, e aquele Código de 1865 só foi revogado, como acaba de ver-se, em 1940 (vid. LANCELLOTTI, *o. c.*, 400-401 e nota 21). — Repare-se, porém, que há nesta citação de LANCELLOTTI um ligeiro lapso: — pois aludindo no texto à opinião sustentada por CARNELUTTI «na vigência do velho código» (de 1865) todavia na nota em referência cita não só o *Sistema* como as *Istituzioni* (n.º 61, 63); — sendo certo que a primeira edição desta última obra é posterior à promulgação do Código de 1940.

(421) Cf. *idem, ibidem*, 401, 1.ª col.; e também a nota 22, em que o autor em análise cita o estudo de TILLOCA, *Il negozio di disposizione del debitore d'opera*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1956, 93-94.

(422) *Ibidem*, 1.ª col.

— e que assim, em face da prática, o referido «aspecto da conveniência assume preponderância sobre o da equidade» (423).

Por último, o autor em referência define a sua própria orientação neste debate, acentuando o pensamento um tanto eclético (que já aflora aliás na passagem que acaba de reproduzir-se) da conjugação do critério da *equidade* com o critério da *conveniência*; e afirmando do mesmo passo que o «fim do conciliador consiste em *sugerir e promover* antes que a composição *legal* da lide ou a aplicação de uma *sanção* (fins próprios da jurisdição), aquela composição da controvérsia que *não sendo iníqua, seja útil às partes, e como tal, por elas livremente aceite*» (424).

Cumprido mais, e por último, em relação a este autor, ainda sublinhar os seguintes pontos: — que parece ter entendido *correctamente* o pensamento de base jurisdicionalística de CARNELUTTI (da composição de equidade) (425), embora seja duvidoso se aceita plenamente este último conceito no sentido que lhe atribui o referido autor, ou se, em certa medida, o completa (ou até mesmo corrige) com o mencionado critério da conveniência ou utilidade das partes; — e que embora invoque, e bem, vários outros autores que perfilham uma

(423) *Ibidem*, 2.^a col.

(424) *Ibidem*.

(425) Dado que noutros passos da mesma obra (designadamente no n.º 4, p. 399, 1.^a col. e nota 13) alude a várias sínteses de CARNELUTTI por nós transcritas nas páginas antecedentes.

Assim, por exemplo: que a conciliação «é o primeiro rudimento da jurisdição»; — «que está a meio entre a mediação e a decisão»; «que tem a forma da primeira e a substância e o fim da segunda»; «que a composição obtida mediante a conciliação tem no pensamento da lei um carácter particular (a justiça) que a separa da simples composição contratual e a aproxima da composição judicial».

visão igualmente jurisdicionalística da conciliação com base na ideia de equidade e no sentido da sua assimilação (ou forte afinidade) com a função jurisdicional (como MORTARA, MICHELI e outros), é todavia quanto a nós um tudo nada impreciso ao citar ao lado dos autores já referidos (aliás, com muito acerto no tocante ao marcado pendor jurisdicionalístico do seu pensamento) a posição assumida por SATTA no estudo *Della conciliazione alla giurisdizione* (na cit. *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939, I, 201-219) e no *Commentario al Codice di Procedura Civile* (I, Milão 1959, 43 ss. e II, I, 85 ss.), apontando-o como um dos autores que (embora com «precisões e limitações») sustenta que o juiz na fase conciliatória deve inspirar-se na equidade (⁴²⁶): — sem contudo reparar que se é certo que este autor sublinha que a conciliação está integrada na função jurisdicional, por ser um acto em que o juiz participa activamente, e decorrer no âmbito do próprio processo (*actus trium personarum*), todavia, não atribui (pelo menos explicitamente) ao juiz, como LANCELLOTTI afirma, um controle de equidade sobre o conteúdo da solução conciliatória — pelo que poderia à primeira vista até duvidar-se se se tratava de mera integração formal e não substancial, ao contrário da preconizada por CARNELUTTI e pelo próprio LANCELLOTTI (⁴²⁷).

38. Diga-se, porém, num parêntesis, que sendo quanto a nós absolutamente exacto que nas obras em referência SATTA emprega algumas expressivas fórmulas das quais parece evidente transcorrer que o juiz conciliador intervém activa, cons-

(⁴²⁶) Cf. *o. c.*, 400, nota 24.

(⁴²⁷) Cf. *ibidem*. E repare-se que no fundo uma tal directiva se reconduz à ideia de *integração orgânica* ou *teleológica* preconizada por KRETSCHMAR (*o. c.*, 225, 229, 255, 262 e 267) já por nós aludida *supra*, 41 e nota 26, 53 nota 39, 182 e nota 222 e 184 nota 226.

trutiva e relevantemente na formulação dos *termos concretos* da composição amigável — não é, porém, menos certo que não alude nem indica em qualquer delas que é o critério objectivo e substancial da equidade que deve ser inculcado para tal fim pelo conciliador aos litigantes.

É o que em nosso entender se infere dos passos que a seguir se transcrevem.

Assim, e quanto ao primeiro dos aspectos considerados, o autor em apreço refere ⁽⁴²⁸⁾ que a «conciliação se realiza certamente através da vontade privada e dispositiva das partes, na formação da qual o *juiz indiscutivelmente intervém*, e que portanto a própria conciliação se atinge ainda através da *sua vontade*»; e sublinha em dois outros passos do Vol. II, Tomo I, da mesma obra, por um lado ⁽⁴²⁹⁾, que «o dado é que o juiz, assim como *institucionalmente* concretiza o ordenamento jurídico com *o seu juízo*, assim também *institucionalmente* concorre a formar o juízo, isto é, a concretizar sempre o ordenamento jurídico com a vontade das partes: — e que isto é e não pode deixar de ser outra coisa que jurisdição». — Acrescentando, por outro lado, que «se compreende que aqui o juízo nasça das partes e portanto se resolva numa convenção»; mas que «seria *negar a realidade*, e não apenas nas suas manifestações exteriores, mas na *íntima essência da acção que a determina*, se se *desvalorizasse* ou *subavaliasse* a intervenção do juiz nesta determinação referida ao ordenamento jurídico» ⁽⁴³⁰⁾.

Quanto, porém, ao segundo dos indicados aspectos, decorre claramente das várias fórmulas transcritas que o autor em

⁽⁴²⁸⁾ A p. 43 do vol. I, do *Commentario* cit.

⁽⁴²⁹⁾ A p. 83 ss.

⁽⁴³⁰⁾ *Ibidem*.

exame *deixa em aberto* o critério a seguir pelo juiz como conciliador no exercício dessa sua tão delicada e transcendente actividade, não aludindo em parte alguma ao conceito de equidade.

Mas cumpre, todavia, acentuar que quanto ao outro dos estudos mencionados (*Della conciliazione alla giurisdizione*), e no tocante ao primeiro dos aspectos que vimos de considerar, SATTÀ refere também que o recurso à «cooperação» do conciliador «na determinação da vontade das partes» é «notabilíssimo»⁽⁴³¹⁾; mas que «se trata não tanto de um recurso à autoridade da pessoa quanto à sua experiência de homem, de um homem que raciocinando deve fazer sentir a outrem a razão, e através da própria formar a vontade (razoável) de outrem»⁽⁴³²⁾.

E que quanto ao segundo dos referidos aspectos, porém, (embora muito vagamente) SATTÀ já alude no estudo ora em exame a um certo critério substancial a utilizar pelo conciliador. — Afirmando que, enquanto no processo ordinário a tutela dos interesses em jogo se traduz na «justiça da providência», na conciliação o interesse principal reside no «rendimento da tentativa de conciliação», ao qual, todavia, se acompanha «o respeito e a tutela dos direitos da parte que não pode ser adstrita à própria conciliação». — Concluindo que «ainda aqui não falta a justiça; num sentido um pouco diverso do processo comum»⁽⁴³³⁾.

39. Mas no sentido de não estarmos equivocados, como temos vindo a afirmar, na nossa interpretação da concepção

⁽⁴³¹⁾ Cf. *o. c.*, 204.

⁽⁴³²⁾ *Ibidem*.

⁽⁴³³⁾ Cf. *o. c.*, 206.

de CARNELUTTI em face da apreciação crítica de CARRESI, pode citar-se segundo pensamos um outro autor italiano também recente e por nós também já acima aludido — DENTI (434).

Segundo o qual, ao combater a já referida (435) ideia de LIEBMAN (que imputa também em certo momento a SATTÀ) (436) de que «a equidade da composição como mera aspiração», nega ao juiz «toda a possibilidade de impedir a sua formação em termos que lhe pareçam injustos, se agradam pelo contrário às partes» (437), refere explicitamente que «este modo de pensar não é tanto errado como excessivo, pois que uma coisa é que a composição como negócio substancial em cujo esquema formal podem situar-se várias figuras negociais (transacção, reconhecimento, renúncia, etc.) não possa ser posta no nada senão concorrendo os pressupostos da anulação, da resolução, ou da rescisão do negócio, e outra coisa é que não possa falar-se de *composição equitativa* como *directiva* da actividade de conciliação realizada pelo juiz» (438).

Sendo de sublinhar ainda que, em abono deste seu critério de inequívoco sentido jurisdicionalístico, o autor em foco se louva precisamente nas duas obras de CARNELUTTI que neste número temos estado a analisar; e, mais precisamente ainda, entre outros, nos dois passos também reproduzidos e

(434) Trata-se do estudo *Profili dell'intervento del giudice nella conciliazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1961, 16-39, já por nós aludido *supra* 234, nota 310.

(435) Cf. *supra*, 232 e nota 307, 233 e nota 310 e 235 s. e nota 312.

(436) Vid. *o. c.*, 21, nota 3 uma referência expressa de DENTI ao supramencionado estudo de SATTÀ, *Della conciliazione alla giurisdizione*, p. 205.

(437) Vid. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo cit.*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1932, I, 284.

(438) Cf. DENTI, *o. c.*, p. 21.

comentados por CARRESI: — o passo das *Istituzioni* segundo o qual «a conciliação não deve tender a pôr as partes de acordo a qualquer custo mas tão só a sugerir os termos duma composição equitativa»⁽⁴³⁹⁾, e a também supramencionada passagem do *Sistema* segundo a qual CARNELUTTI vê no referido critério (de o juiz dever promover uma *solução de equidade*) «a diferença substancial entre a actividade conciliatória e a mediação»⁽⁴⁴⁰⁾.

E em imediata e plena corroboração do seu indicado critério de que o juiz como conciliador não exerce um controle meramente formal sobre os termos da composição amigável, mas deve encaminhar as partes para uma *solução de equidade*, DENTI produz, entre outras, as seguintes ordens de argumentos:

Acentua, por um lado, que «existe entre os poderes do juiz, o de decidir a lide, nos casos previstos na lei, *segundo a equidade*»; e que tal poder existe, «ainda que se admita a irrelevância, para o ordenamento jurídico, do modo como tal poder é em concreto exercido», não sendo a decisão de equidade, como tal, «susceptível de um controle ou de uma verificação por parte do juiz superior»⁽⁴⁴¹⁾;

E sublinha, por outro lado, que «uma coisa é, portanto, que a sanção *homologatória* possa ser negada — como parece dever entender-se — por meras razões de regularidade formal, e outra que nestas razões tenha a sua exclusiva *ratio* a intervenção do juiz; do mesmo modo como o ser impugnável a decisão de equidade do artigo 114.º do Cód. Proc. Civ. (italiano de 1940), só por *errores in procedendo*, não comporta que a actividade decisória do juiz seja regida só por regras

⁽⁴³⁹⁾ CARNELUTTI, *Istituzioni* cit., I, 63.

⁽⁴⁴⁰⁾ *Idem*, *Sistema* cit., I, 174 ss.

⁽⁴⁴¹⁾ DENTI, *o. c.*, 22.

formais e seja, portanto, meramente arbitrária»⁽⁴²⁾. Cumprindo acentuar que ambos os supracitados passos de CARNELUTTI são em parte transcritos por DENTI (no n.º 3, p. 21, nota 3 do estudo em análise); — e que o indicado alcance jurisdicionalístico da interpretação de DENTI em relação àqueles mesmos passos de CARNELUTTI está bem espelhado na citação e alusão com que aquele autor fecha a cit. nota 3 da p. 21: — indicando que sobre o problema se vejam ainda as interessantes observações de BÖTTICHER, no seu estudo *L'uguaglianza di fronte al giudice* (in *Jus*, 1956, p. 479), o qual sublinha que a conciliação pode conter «mais justiça que a própria sentença»⁽⁴³⁾.

Por último e no mesmo sentido, pode ainda recordar-se que PUCCINI, aludindo em especial à noção de negócio certificativo sustentada por CARNELUTTI (tão fortemente conexa, aliás, com a própria noção de conciliação), salienta (como já sublinhámos)⁽⁴⁴⁾ na sua monografia *Contributo allo studio dell'accertamento privato* (Milão 1958), por nós já várias vezes mencionada, que este eminente autor adopta quanto a este instituto uma posição de base nitidamente jurisdicionalística: — pois não só refere que CARNELUTTI «descreve» no *Sistema* (I, p. 173 ss.) e nas *Istituzioni* (5.ª ed., Roma 1956, I, pp. 62-63) «a função do juiz em veste de conciliador, como tendente a uma composição equitativa ou a uma composição justa da lide», como sublinha nitidamente que, ao fazê-lo, aquele notável processualista «assume uma posição (diversa dos outros autores), que é (em sua opinião) sobremaneira importante pelas intuições e desenvolvimentos que em si contém»⁽⁴⁵⁾.

(42) *Idem, ibidem.*

(43) *Ibidem (loc. cit. no texto).*

(44) Cf. *supra*, 241 nota 319.

(45) Vid. PUCCINI, *o. c.*, 113, e *supra*, 241 nota 319.

E quanto a nós não oferece dúvida que esta «diversidade» da posição que PUCCINI assinala a CARNELUTTI em face dos «outros autores», alude precisamente à tendência jurisdicionalística deste último autor, em oposição à orientação contratualista tradicional, que PUCCINI imputa, como decorre de numerosos passos da sua obra, à maioria dos juristas italianos e estrangeiros nela citados.

40. Mas antes de se prosseguir na análise da posição de CARRESI quanto à outra das deficiências acima apontadas, (consistente na total omissão de vários e categorizados autores italianos de pendor jurisdicionalístico, entre os quais sobressaem MORTARA, CALAMANDREI, REDENTI, SOLMI, além de outros já oportunamente referidos) ⁽⁴⁶⁾, importa desde já frisar que neste autor se nota, em relação ao ponto em análise, uma outra deficiência, corrente aliás na doutrina moderna, sobretudo de coloração contratualista, como são as de CARRESI e de LIEBMAN.

Consiste tal deficiência em certas *incoerências* ou *dissonâncias* visíveis nos respectivos propugnadores, os quais, ao lado das manifestações ou soluções típicas desse referido pendor, não deixam de subscrever umas tantas manifestações que traduzem, fundamentalmente, o pensamento contrário de base jurisdicionalística: — os quais acabam assim por neutralizar, ou, pelo menos, por esbater consideravelmente a linha fundamental de base dispositiva que constitui o postulado essencial da mencionada concepção contratualista.

Assim, e em primeiro lugar, é de salientar que CARRESI,

⁽⁴⁶⁾ Vid. *supra*, 32-37 e notas 15-19; 51-59 e notas 36-43; 60 nota 47; 66 nota 58; 70 nota 59; 81-84 notas 70-72; 252 nota 331; 255 ss. e notas 336-338; 261; 281; e *infra*, 327.

ao reproduzir o pensamento de CARNELUTTI na sua referência à conciliação como uma composição equitativa, diz entendê-lo e parece de facto acompanhá-lo no sentido de que o juiz *não deve propor-se* levar as partes a acordo *a qualquer custo* «mas tão só sugerir os *termos mais idóneos* para uma *composição aceitável*».

Ora, se se reconhece que o juiz, como conciliador, *tem de sugerir* às partes os *termos mais idóneos* para uma *composição aceitável*, não pode deixar de cometer-se forte *incoerência*, ao negar depois toda e qualquer *acção positiva* do mesmo juiz, no sentido de procurar fazer da conciliação uma solução *justa* ou, *pelo menos*, uma solução de *equidade*: — tendo sobretudo em linha de conta, por um lado, o pendor dominante dos processos modernos (de base publicística e inquisitória) ⁽⁴⁴⁷⁾, segundo o qual o juiz é, como já aludimos ⁽⁴⁴⁸⁾, *responsável* pelo bom ou mau resultado a que se chegar no processo (o que não pode deixar de abranger a conciliação, no sentido de o juiz como conciliador dever tentar tudo por tudo para conduzir as partes a uma solução para elas *aceitável*, dados os seus *termos idóneos*) ⁽⁴⁴⁹⁾; por outro lado, e como também já sublinhámos em relação a LIEBMAN ⁽⁴⁵⁰⁾, CARRESI subestima a consequência lógica e psicológica — que temos por muito relevante e absolutamente inevitável — de ser extremamente difícil (senão de todo improvável) que as partes transijam espontaneamente um litígio, sem procurarem conhecer primeiro a

⁽⁴⁴⁷⁾ Já oportunamente aludido, *supra*, 60 nota 47; 72-75 e nota 70; 76-83 notas 71-72; 87 ss. nota 77; 88-98 e notas 77-114; 120; 733; 134-136; 138-145 e notas 187-191 ss.; — e cf. também *infra*, 318 nota 464.

⁽⁴⁴⁸⁾ Vid. *supra*, 81 ss. e notas 71-72; 129 ss. notas 170-173; 134 ss. nota 182; e *infra*, 237 nota 313.

⁽⁴⁴⁹⁾ Vid. CARRESI, *o. c.*, 54.

⁽⁴⁵⁰⁾ Vid. *supra*, 235 ss. e nota 312.

opinião do juiz sobre o objecto da causa, implícita ou abertamente enunciada nas *sugestões concretas* de conciliação que o conciliador terá de fazer às partes, segundo os termos por ele considerados idóneos — os quais, evidentemente, e como acabamos de ver, não podem desprender-se do seu conceito ou convicção acerca dos direitos das mesmas partes em relação ao objecto do processo ⁽⁴⁵¹⁾.

⁽⁴⁵¹⁾ Recorde-se que já CURASSON, em relação ao antigo direito francês revolucionário, salientava que, «a julgar pela experiência, a conciliação exige tantas e mesmo mais luzes» do que o julgamento dos litígios da competência contenciosa dos juizes de paz; e que «para conciliar de uma *maneira equitativa* (sublinhe-se uma vez mais o alcance desta expressão em relação ao direito francês) *é mesmo preciso apreciar os direitos das partes*»; — e que igualmente CUCHE (*Précis* cit., 225) assinala que é a circunstância de as partes se poderem aperceber do sentido da decisão que o conciliador, na *pequena conciliação*, pronunciará como juiz (se a tentativa conciliatória não resultar), a forte razão do êxito desta modalidade da conciliação francesa (instituída em 1838, como meramente *facultativa*, mas convertida em 1851 em *obrigatória*), em face do fracasso da *grande conciliação* (vid. *supra*, 12-16 nota 6, e *infra*, Parte II, Cap. II). Cumprindo ainda sublinhar que tal fracasso levou à recente abolição da conciliação preliminar francesa perante o Juiz de Paz pela já citada Lei de 9 de Fevereiro de 1949; — pois que a prática quer em França, quer nos demais países, confirma exuberantemente em face de tal fracasso a superioridade e o sucesso cada vez mais nítido da conciliação judicial oficiosa confiada ao próprio juiz da causa pelas razões que se deixam indicadas no texto e nesta nota.

É ainda de notar, como já aludimos (*supra*, 16 nota 6), que também uma lei alemã relativamente recente (a cit. *Novela* de 1950) parece ter abolido a obrigatoriedade da conciliação preliminar perante o *Amtsgericht*, instituída pela Reforma de 13 de Fevereiro de 1924, em face da reduzida utilização prática desta modalidade conciliatória, em confronto com a maior expansão da conciliação judicial no decurso da causa dos §§ 296 e 349 da Ordenação Processual Civil alemã (Z. P. O.) de 1877.

Acresce ainda que o autor em análise admite e perfilha um conceito de transacção, que qualifica de transacção em sentido *próprio, típico* ou *declarativo* (que ele mesmo contrapõe ao conceito de transacção *constitutiva e novativa*): e vê naquele primeiro conceito uma tão profunda *identidade estrutural e funcional* com a sentença do juiz, que acaba por concluir que a transacção injusta poderá ser reparada em termos semelhantes aos da sentença injusta⁽⁴⁵²⁾; chegando por outro lado a afirmar em plena consonância com os postulados fundamentais da orientação declarativa ou jurisdicionalística⁽⁴⁵³⁾ que este tipo de transacção traduz não tanto a vontade dos litigantes (ou seja o que eles *querem*) mas antes o seu conhecimento (o que eles *sabem*); estabelecendo nesta base uma nítida distinção entre os negócios tipicamente *dispositivos*, (que visam resolver conflitos económicos de interesses) e os negócios *declarativos* (que têm por objecto conflitos de interesses especificamente jurídicos)⁽⁴⁵⁴⁾.

E saliente-se ainda, para finalizar a análise da posição de CARRESI em face de CARNELUTTI, que quando aquele primeiro autor afirma que o juiz conciliador «se limita a aconselhar as partes e a encorajá-las para uma solução amigável da controvérsia», chega também a referir que aquele, «ainda

(452) Vid. deste autor, *La Transazione* cit., 107.

(453) Vid. *supra*, 59-69 e notas 47 e 48-50.

(454) *Ibidem*, 127. E já vimos a outro propósito que numerosos outros autores, sobretudo italianos, apontam e perfilham a indicada contraposição dos conflitos de interesses como base do critério de discriminação destas duas espécies de actividade (conciliatória ou especificamente jurisdicional) dos juizes, como, por exemplo, CARNELUTTI, (a partir do já citado *Arbitrato estero*, na *Riv. Dir. Comm.*, 1916, I, 401), mas que outros autores abertamente a combatem (como decorre de VALSECCHI, *o. c.*, 141).

quando exprima um juízo em ordem às questões controvertidas, tal juízo não tem a eficácia de um comando» (o. c., 19).

Ora, é, sem dúvida alguma, exacto que o *juízo* emitido pelo conciliador não é vinculativo para as partes, como, pelo contrário, o é a decisão judicial.

Mas o que merece a este propósito algum reparo, (e confirma que CARRESI não deu o devido peso à opinião de CARNELUTTI, em que, aliás, se louva neste mesmo passo), é a forma meramente dubitativa (de sentido fortuito e algo problemático) como o citado autor fala desse *juízo emitido pelo juiz conciliador*: — «ainda quando exprima um juízo» — lê-se a p. 19. — Sem se dar, porém, conta de que na formulação de um tal *juízo* reside para CARNELUTTI e para o comum dos seus intérpretes (e até de outros autores — cf. já CURASSON e nota 449) o *fim transcendente* da actividade conciliatória: — pois é através dele que o juiz conciliador pode lograr a alta missão de indicar às partes os termos de uma *solução justa ou equitativa* e persuadi-las à composição amigável, restabelecendo entre elas a paz e a concórdia quebradas (ou, pelo menos, fortemente ameaçadas) com a prossecução do litígio judicial.

Acrescendo que também neste ponto, além de ser patente, como acabamos de ver, a inexactidão da interpretação do pensamento de CARNELUTTI, aflora, por outro lado, mais uma discrepância na explanação da linha de pensamento do próprio CARRESI: — pois que aqui esbate e minimiza o interesse do «juízo» do juiz na conciliação; — mas, para sustentar a sua própria tese, acima aludida, de inspiração jurisdicionalística e declarativista da transacção, não deixa de observar a importância do «juízo» das partes neste último instituto: — chegando a afirmar, na esteira de BIGOT-PRÉAMENEU, que a transacção se estrutura numa *série de juízos* (vid. *La transazione* cit., 110, nota 1; — também referida por PUCCINI, o. c., 113 nota 446).

41. Mas, fechados estes primeiros números de quase pura introdução ao objecto do presente Capítulo, em que nos propomos demonstrar o forte pendor jurisdicionalístico do direito italiano moderno, importa de toda a maneira prosseguir e insistir, e agora sob novos ângulos, na apontada demonstração da inexactidão ou adulteração das interpretações de CARRESI não só em relação ao pensamento de CARNELUTTI mas da doutrina italiana em geral. — E não apenas para sublinhar, uma vez mais e com maior cópia de argumentos, que o pendor jurisdicionalístico do citado autor, revelado no *Sistema* e nas outras obras acima mencionadas ⁽⁴⁵⁵⁾, além de absolutamente inequívoco (como supomos ter logrado demonstrar com as considerações imediatamente antecedentes), está longe de constituir sequer um caso ímpar e desgarrado, quer na própria doutrina italiana, quer no panorama doutrinal e legislativo mundial em geral: — que até certo ponto justificasse, ou, pelo menos, de alguma maneira atenuasse a exagerada (e até pouco lisonjeira) afirmação para os autores directa ou indirectamente visados, de que «ninguém sèriamente havia sustentado» no direito italiano uma concepção de base jurisdicionalística da conciliação ⁽⁴⁵⁶⁾; mas ainda e sobretudo para

⁽⁴⁵⁵⁾ Vid. *supra*, 123 nota 146; 239 e nota 319; 247 nota 325; 289 nota 390; 294 nota 408 e 297 nota 414.

⁽⁴⁵⁶⁾ De tal sorte que, segundo o próprio CARRESI, como vimos, afirma, o conciliador nunca poderia passar de um *simples mediador*, com o objectivo fundamental de conseguir promover a pacificação dos litígios, sem todavia se preocupar com a maior ou menor justiça e equilíbrio da solução através da qual essa pacificação se lograsse realizar (cf. *supra*, 285 ss.). E isto, sobretudo, se se atentasse em que as já mencionadas e relativas infixidez e imprecisão dos critérios de orientação de CARNELUTTI, expressos no conjunto da sua vasta elaboração sobre este delicado tema (vid. também *supra*, 121-123 e nota 146; 239 ss.

demonstrar que, inteiramente ao contrário do que CARRESI afirma, o referido pendor jurisdiccionalístico assinala um momento ou aspecto fundamental, diremos mesmo culminante, da evolução do instituto nessas mesmas doutrina e direito. Desde as soluções de tendência marcadamente contratualista e dispositiva de PISANELLI, de VACCA e de vários outros autores ⁽⁴⁵⁷⁾, que conduziram, inclusivamente, ao resultado já acima indicado de a conciliação judicial no decurso da causa (hoje vigente, como já se acentuou, não só em Itália como na grande maioria dos direitos processuais europeus e americanos de civilização ocidental ⁽⁴⁵⁸⁾ ter sido repelida pelo Código italiano de 1865 (pela sua simples potencialidade ⁽⁴⁵⁹⁾ de limitar a plena liberdade da acção dos litigantes,

e nota 319; 247 e nota 325, etc.) podiam autorizar, senão mesmo justificar, nalguma embora leve medida, essa, aliás, pouco lisonjeira referência, em que o «não seriamente», aludindo àquele eminente processualista, quer de todo o modo (e pelo menos) significar a pouca consistência e madureza da sua concepção.

⁽⁴⁵⁷⁾ Sobretudo alguns dos mais modernos especialistas da matéria, como COSTA, LIEBMAN, FERRARA SANTAMARIA, GIORGIANNI, CORRADO, VALSECCHI, CARRESI, PUCCINI e vários outros (obs. cits., *supra*, 172 nota 213).

⁽⁴⁵⁸⁾ Vid. *supra*, 7-18, em especial 12-14 nota 6; e o que também já dissemos quanto à posição particular assumida pelo direito processual soviético e demais legislações nele inspiradas perante o instituto da conciliação em geral e problemas afins. (Cf. *supra*, 161 nota 203). — E vid. igualmente *infra*, Cap. II, onde de novo voltaremos a aludir e focar as soluções dos países socialistas quanto ao presente tema.

⁽⁴⁵⁹⁾ Como já acentuámos (*supra*, 11 nota 6, 268 s., nota 354 e 274 e nota 362), esta simples potencialidade foi claramente considerada, embora de modo indirecto, pelo ministro VACCA (legislador do aludido Código de processo italiano de 1865), ao repelir a também já mencionada proposta do Senador CASTELLI (membro da Comissão legislativa

na aceitação ou não aceitação de uma dada solução conciliatória ou transactiva, proposta pelo juiz como conciliador,

nomeada para a elaboração daquele Código) no sentido da adopção do sistema do Código de Genebra de 1819 — que atribuía como oportunamente referimos (*supra*, 12 nota 6) aos juizes dos tribunais comuns de 1.ª instância e de apelação a faculdade de promoverem a conciliação dos litigantes no decurso da causa: — com o também já aludido fundamento de que «não podia ser isento nem de suspeição, nem de perigo que julgasse hoje aquele mesmo magistrado que tivesse tratado ontem em vão da conciliação e que, ao fazê-lo, desse mostras de uma preconcebida opinião» (vid. apud SCAMUZZI, cit. *Il Digesto Italiano*, VII, 66, 2.ª col., e apud BORSARI, cit. *Il Codice italiano di Procedura Civile annotato*, 17, e *supra*, 12 nota 6, 269 nota 354 e 274 nota 362).

Mas uma ideia algo semelhante já havia sido também expressa por BONCENNE, em relação ao mesmo referido Código genebrino de 1819, cerca de 30 anos mais cedo: autor em que, todavia, a razão do perigo ou suspeição, vagamente enunciada pelo referido legislador italiano, aparece formulada com maior nitidez e vigor — consistindo em que a aludida «preconcebida opinião» revelada pelo juiz, poderia constituir «um motivo de temor» (e portanto de pressão) para aquele dos litigantes que «não tivesse querido submeter-se à sua alta mediação». (Cf. a já citada — *supra*, 15 nota 6 — *Théorie de la Procédura Civile*³, Bruxelas 1839, tomo I, 200, 2.ª col.).

E da mesma sorte um outro também famoso processualista francês anterior a CASTELLI, BORDEAUX, na sua já citada e notável obra *Philosophie de la Procédure Civile*, Evreux 1857, 422 (obra essa vencedora do concurso da *Academie des Sciences Morales et Politiques de l'Institute de France*, 25 de Junho de 1855 — cf. *supra*, 40 nota 21), define claramente o sentido em que se poderia exercer essa pressão: — o juiz «por um descontentamento pessoal», podia ser levado a condenar uma das partes, embora tivesse razão, «só porque ela tinha repellido as suas propostas de composição amigável».

Mas uma outra formulação, porventura ainda mais explícita e completa, da mesma ideia fundamental, viria a aparecer mais tarde na já referida discussão do *Projecto Solmi*, que conduziu à promulgação

(e poder degenerar, assim ⁽⁴⁶⁰⁾, em autêntica solução impositiva de teor vincadamente jurisdicionalístico e estadual); — até às mais explícitas e frisantes afirmações e formulações de alguns autores contemporâneos, quiçá não recentíssimos, que ou já para a conciliação preliminar sustentaram, mais ou menos abertamente, esta outra natureza ⁽⁴⁶¹⁾, ou a sustentaram, inequívocamente, pelo menos, em relação à conciliação judicial posterior ⁽⁴⁶²⁾, que logrou, como acima referimos, plena e ampla consagração doutrinal e legislativa nos tempos

do Código italiano de 1940, expressa por ALLORIO: — em que o lado da eventual *pressão* do juiz sobre a vontade das partes, exercida pelo pré-anúncio da sua decisão, é traduzida com uma expressão particularmente vigorosa e impressiva, segundo a qual, em tal hipótese (como já sublinhámos *supra*, 12 nota 6) aquele (o juiz como conciliador) se tornaria o «déspota da causa». (Vid. *Osservazioni e proposte cit.*, II, 169 — *Relatório da Universidade de Messina* da autoria do mencionado ALLORIO; — e para maiores desenvolvimentos, em que serão também explanadas as razões contrárias que, a despeito destas críticas, acabaram por conduzir, como se vê do texto, à consagração deste tipo de conciliação na grande maioria dos mais progressivos sistemas processuais europeus e americanos, incluindo as vigentes legislações italiana, alemã, francesa e portuguesa — vid. também *supra*, 7-18 nota 6, e *infra*, Cap. II.

⁽⁴⁶⁰⁾ Como vimos ter sido significativamente sublinhado por CARNELUTTI no *Sistema* (I, 174 e 176) e *supra*, 286 ss.

⁽⁴⁶¹⁾ Como BOURBEAU (cit., *Théorie de la Procédure Civile de la Justice de Paix*, Paris 1863, 12, 18, 19 ss.); SCAMUZZI (cit., *Il Digesto Italiano*, VIII, 79, n.º 110); MATTIROLO (*Trattato cit.*, vol. I, Turim 1892, 149, nota 3); LESSONA (*I doveri sociale del processo civile*, Turim 1897, 22 e 24 e *Manuale del processo civile*, Turim 1902, 12 e 16) e outros autores.

⁽⁴⁶²⁾ Como vimos ocorrer com vários autores italianos na discussão do aludido *Projecto Preliminar Solmi* (cf. cit. *Osservazioni e proposte*, II, 170 ss. e *supra*, 5 nota 4 e 32 nota 15).

mais recentes, quer em Itália (através, sobretudo, dos principais e mais famosos Projectos legislativos ⁽⁴⁶³⁾ que precederam e prepararam a elaboração do vigente Código de Processo de 1940, em que culminou, como todos sabem, essa importante corrente doutrinal jurisdicionalística, a que vimos aludindo); quer na grande maioria dos mencionados países de civilização ocidental, que por sua vez precederam e serviram até certo ponto de modelo à referida legislação italiana: — em especial a célebre e tantas vezes já citada *Ordenação Processual Civil austríaca de 1895* ⁽⁴⁶⁴⁾ e as primeiras das conhecidas e muito

⁽⁴⁶³⁾ Em especial os *Projectos* de CHIOVENDA (1919), de MORTARA (1923), de CARNELUTTI (1926), de REDENTI (1934) e de SOLMI (1937), também já várias vezes e ainda há pouco citados neste estudo (cf. *supra*, 14 nota 6, 90 e 246 nota 323).

⁽⁴⁶⁴⁾ Através, sobretudo, da apologia feita em Itália (bem como na Alemanha e noutros países) desse sistema processual em geral, por vários e eminentes juristas: — como CHIOVENDA (na sua célebre e árdua batalha pela introdução do sistema da oralidade austríaca no direito italiano, culminada com a publicação do seu famoso e supracitado *Projecto de 1919*); SEMERARO (no seu também conhecido e apreciado estudo *Il processo civil austriaco ed il suo funzionamento*, publicado na *Riv. Dir. Pub.*, ano VI, 1914, 513 ss.); MENESTRINA (no seu também muito citado escrito *Il processo civile nella pratica dei giudizi tridentini*, Viena 1910); TISSIER (no também notável e já mencionado estudo *Le centenaire du Code de Procédure et les projets de réforme*, publicado na *Rev. Trim. Dro. Civ.*, 1906, fasc. 3, em que aponta a Austria como o país que parece estar na primeira fila das nações civilizadas, no que concerne à aceleração dos processos, e como possuidora do *melhor processo civil do continente*); e os numerosos autores alemães já citados (como NEUNER, VOLKMAR, HEINSHEIMER, BAUMBACH, SCHÖNKE e muitos outros — vid. *supra*, 71 nota 61, 79-81 nota 71 e 265 nota 357-358; 52 nota 42 e 82 nota 71; 152 nota 191; e 54 nota 39 e 237 nota 313, respectivamente) que em relação às últimas reformas processuais realizadas na Alemanha enaltecem os extraordinários méritos técnico-

importantes reformas alemãs e francesas deste século, sobretudo as posteriores à eclosão da primeira Grande Guerra de 1914-1918 ⁽⁴⁶⁵⁾.

-dogmáticos do sistema processual austriaco, concebido por FRANZ KLEIN, propugnando a sua cada vez maior assimilação pela legislação processual alemã. — Sem se deverem tão-pouco esquecer aquelas mesmas legislações, embora mais antigas, que teriam exercido por sua vez influência nas que se deixam referidas: em especial as famosas *Legislações processuais prussianas de 1781 e 1793* — as primeiras que lançaram no direito processual moderno, como já acentuámos (vid. *supra*, 12 nota 6, 51 e nota 36, 75 nota 70 e 89-90) as bases publicísticas e inquisitórias em que se apoiam as mais recentes e evoluídas legislações processuais dos nossos dias. (Cf. neste sentido, entre muitos outros autores que poderiam indicar-se, SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*⁷, Karlsruhe 1951, § 4.º, I, 2, p. 13 e tradução cit., *Derecho Procesal Civil*, Barcelona 1940, § 4.º, I, 2, p. 22; GOLDSCHMIDT (JAMES), *Derecho Procesal Civil*, trad. Labor, Barcelona 1936, § 9, p. 29; GALGANO, *Sulla riforma del procedimento civile: premesse*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, I, 1924, 157; SEGNI, *Relazione ao «Incontro» fra Magistrati Professori Universitari e Avvocati per lo studio del tema Il Giudice Istruttore nel Processo Civile*, Atti, cit., Milão 1955, 13 ss., em especial 14 e 16; DENTI, cit., *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, *Riv. Dir. Proc.* I, 1965, 31 ss.

⁽⁴⁶⁵⁾ Referimo-nos, em especial, às já citadas Reformas alemãs de 1924 e 1933 e à Reforma francesa do Governo Laval de 1935 (vid. *supra*, 13 e 16 nota 6, 54 nota 39, 89 nota 81, 94 nota 95, 138 nota 187 e 252 nota 331).

Mas cumpre, todavia, sublinhar, uma vez mais, que o recente movimento legislativo alemão e francês, no sentido da valorização e expansão do instituto da conciliação, se não confina aos mencionados diplomas, nas referidas datas promulgados. Pois que, como se acentua no texto, na Alemanha o favor pela conciliação no presente século começa por se manifestar na conhecida e já citada *Bekanntmachung des Bundesrats zur Entlastung der Gerichte*, de 9 de Setembro de 1915, cujo § 18

Cumpre-nos, assim, e de um modo particular, passar a analisar a outra já referida deficiência da apreciação crítica de CARRESI sobre o estado da doutrina e do direito em geral. — A qual consiste, como já salientámos, na quase inexplicável omissão de qualquer referência aos numerosos e prestigiosos autores (sobretudo processualistas), que por forma mais ou menos explícita e mais ou menos ampla, mas, segundo cremos, sempre inequívoca (e atingindo, por vezes, até, manifestações verdadeiramente notáveis pela sua impressiva formulação e fundamentação), vêm de há vários anos sustentando uma orientação, pelo menos em certos aspectos, também jurisdicionalística da conciliação judicial moderna, em que os temas em análise têm logrado, de um modo geral, assumir posições de fundamental relevo.

E o interesse particular de insistirmos neste ponto, tentando clarificar, na medida do possível, o panorama geral doutrinário e legislativo italiano em relação a esta delicada matéria da conciliação decorre, além das já indicadas⁽⁴⁶⁶⁾, das duas seguintes ordens de razões fundamentais:

Em primeiro lugar, do já aludido papel verdadeiramente primacial desempenhado pela doutrina e pela legislação italiana moderna no presente, decisivo, mas difícil ciclo⁽⁴⁶⁷⁾ de

determinou, quanto aos processos perante o *Amtsgericht*, que o *poder* do tribunal, até então existente, de tentar a composição amigável do litígio (ou de pontos litigiosos particulares) em qualquer situação do processo, se reforçasse transformando-se no *dever* de o mesmo tribunal empreender a tentativa conciliatória antes do começo da discussão oral, se embas as partes estão presentes (vid. KRETSCHMAR, *o. c.*, 213 nota 2 e *supra*, 11 nota 5 e 13 nota 6).

⁽⁴⁶⁶⁾ Cf. *supra*, 276-281.

⁽⁴⁶⁷⁾ É, por exemplo, extremamente significativa a este propósito a observação feita por GALLI (Relator do *Parecer do Tribunal de Ape-*

vida destes mesmos institutos, traduzido quer na enorme e já aludida floração de estudos monográficos publicados em Itália sobre o tema em análise e problemas afins (⁴⁶⁸), quer na legislação moderníssima e de alto nível técnico e ético-político entretanto promulgada naquele país nos domínios do processo e do direito civil em geral (fruto de uma longa e pujante actividade de elaboração científica (⁴⁶⁹) e de política

lação de Génova) na discussão do *Projecto Solmi* (cf. já cit. *Osservazioni*, II, 168), segundo o qual o instituto da conciliação é ainda hoje como sempre muito discutível; — e a multiplicidade e profundo desencontro de opiniões verificadas na doutrina em geral, quer quanto aos problemas técnicos centrais suscitados por esta figura jurídica, quer mesmo quanto à sua justificação racional e ético-política e à sua utilidade prática (já por nós assinaladas *supra*, 29-70, notas 15 a 59).

(⁴⁶⁸) Vid. *supra*, em especial 172 nota 213.

(⁴⁶⁹) A qual é em geral sublinhada quer pelos autores italianos, como MAZZINI, o qual salienta que o Código italiano de 1940, «no dizer dos autores estrangeiros, respeita a mais moderna doutrina processual, e nasceu da ciência», pois «pode considerar-se o produto das correntes científicas que durante quase trinta anos dominaram o campo dos estudos processuais em Itália, correntes que remontam a CHIOVENDA, a CARNELUTTI e a REDENTI» (cf. a já cit., *supra*, 92 nota 87, *Relazione de MAZZINI nos Atti del Secondo Corso di Studi, do Centro Internazionale Magistrati — Luigi Severini*, Perugia, 1 — 28 Settembre 1955, Milão 1957, p. 157); quer pelos próprios autores estrangeiros que, como PRIETO E CASTRO, asseveram que o referido Código italiano é «digno de todo o respeito por ser a obra de quase meio século de elaboração doutrinária, e estar inspirado na louvável finalidade de consagrar um processo realista, humano, rápido e económico (cf. autor cit., *Precisiones sobre escritura y oralidade en el derecho procesal español*, publicado nos *Scritti giuridici, in onore di Francesco Carnelutti*, Pádua 1950, II, 332).

Mas entre os testemunhos de autores estrangeiros sob o alto nível técnico e científico da moderna doutrina processual italiana merece também uma referência especial a opinião emitida por VIZIOZ nos seus conhecidos *Études de procédure*, na edição de 1931: — segundo o qual

legislativa), em que estes importantes temas sempre lograram a melhor atenção de doutrinários, práticos e legisladores: — como claramente também e sobretudo decorre do fecundo e incessante esforço de renovação legislativa processual e judiciária, patenteado nos numerosos e valiosos projectos elaborados a partir especialmente dos começos do século — e de modo muito particular da segunda década⁽⁴⁷⁰⁾;

Em segundo lugar, pela inegável, relevantíssima e já referida influência da doutrina italiana na nossa própria doutrina e nos sistemas legislativos entre nós promulgados, a partir precisamente da segunda década do presente século: — desde CHIOVENDA, cuja posição doutrinal nesta matéria, definida no artigo 63.º do seu famoso *Projecto* com a consagração da conciliação judicial posterior officiosa no processo comum de

a alusão de KOHLER ao sopro renovador da doutrina processual italiana tinha dado frutos tão conspícuos que «os juristas italianos de alunos se tinham tornado mestres» (vid. esta transcrição em CARNACINI, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1948, 874).

E cumpre ainda e por último sublinhar as também explícitas e autorizadas referências do Ministro DINO GRANDI ao importante papel desempenhado pela ciência jurídica italiana na elaboração do Código de processo civil de 1940 por ele próprio promulgado — cf. o já várias vezes referido e notável *Discurso ao Senado*, de 10 de Maio de 1940 (na ed. oficial do mesmo Código, Roma 1942, p. xxv, também citado *infra*, 346-348 e notas 536 e 542).

(470) Com efeito, os temas em análise sempre mereceram, como referimos, posições de primordial importância nos vários e famosos *Projectos* legislativos de códigos de processo civil, já nossos conhecidos e acima mencionados, de CHIOVENDA, MORTARA, CARNELUTTI, REDENTI e SOLMI, entre os quais sobressai o próprio *Projecto Orlando*, de 1909, que já consignava abertamente uma norma relativa à conciliação judicial posterior — o artigo 9.º desse referido *Projecto*. Cf. também *infra*, 325.

declaração ⁽⁴⁷¹⁾, foi, como há pouco aludimos ⁽⁴⁷²⁾, seguramente decisiva na elaboração do já citado artigo 28.º, n.º 4, do Decreto n.º 12 353 ⁽⁴⁷³⁾; até, sobretudo, a CARNELUTTI, em relação ao

⁽⁴⁷¹⁾ E fundamentada no § 118 do notável *Relatório* deste mesmo Projecto (p. 64), como uma *extensão* ao processo em geral dos preceitos dos artigos 417.º e 464.º do Código de Processo de 1865; — como aliás pretendia CASTELLI na preparação desse mesmo Código. (Vid. *supra*, 269 nota 354 e 274 nota 362).

⁽⁴⁷²⁾ *Supra*, 277 s. e nota 368.

⁽⁴⁷³⁾ Pois que, apesar do *Relatório* desse importante Decreto ser omisso quanto a este ponto, é para nós absolutamente manifesta essa influência dado que, por um lado, ALBERTO DOS REIS declarou aberta e repetidamente em várias oportunidades (vid. *supra*, cit. nota 368) ter-se inspirado de perto no referido Projecto daquele eminente autor; e por outro aparecer neste Projecto incontestavelmente consagrado, como aludimos no texto (e *supra*, últ. loc. cit.), o instituto da conciliação judicial oficiosa (cit. art. 63.º), com expressa remissão, como suas fontes legislativas, para os exemplos austríaco e alemão já acima mencionados. — E quanto à directa e desassombrada alusão de ALBERTO DOS REIS à influência do *Projecto de Chiovenda* sobre o nosso citado Decreto n.º 12 353, cumpre referir: — em primeiro lugar, o próprio e notável *Relatório* deste mesmo Decreto (publicado na já cit. «Colectânea» intitulada *Processo Civil e Comercial*, de J. A. DE MOURA, ed. Atlântida, Coimbra 1933, 9 ss.); — em segundo lugar, o estudo publicado na *Riv. Dir. Proc. Civ.* (ano VII, 1930, I, 158 ss. e 161 ss.) sob o título *La Riforma del Processo Civile Portoghese*; — em terceiro lugar, o estudo inserto no vol. I dos *Studi in onore de Enrico Redenti* (387 ss.), sob o título *A Função do Supremo Tribunal de Justiça segundo o Código Civil Português* (Separata da Cedam, Milão 1950, 3); e, finalmente, e com maior detalhe, o já cit. escrito intitulado *O Novo Código de Processo Civil Português* (Sep. do vol. VI do *Suplemento do Bol. da Fac. de Dir.* de Coimbra 1945, 2 ss.).

Devendo ainda frisar-se que esta mesma influência do *Projecto de Chiovenda*, bem como do de CARNELUTTI e da doutrina italiana e austro-germânica em geral, sobre a obra de reforma legislativa levada

Código de 1939, no qual, como também já acima mais de uma vez se salientou (⁴⁷⁴), por um acaso deveras singular, a expressiva e concludente fórmula «solução de equidade», adoptada pelo legislador português no artigo 513.º desse mesmo Código, foi directa e confessadamente (⁴⁷⁵) inspirada no pensamento e na obra deste brilhante e fecundo especialista do Direito Processual Civil dos nossos dias. — Sem se poder tão-pouco esquecer ou subestimar a influência exercida por outros eminentes e recentes autores italianos como DINO GRANDI, CALAMANDREI e MARIANO D'AMELIO, na última fase da evolução do pensamento de um dos nossos mais categorizados, senão o nosso mais categorizado processualista deste século, — o já mencionado e nosso saudoso Mestre ALBERTO DOS REIS — em relação ao presente tema.

Todavia, por todos os ponderosos motivos indicados — e até para melhor acentuar o alcance da, quanto a nós, inequívoca inexactidão de CARRESI (no sentido agora considerado), na sua crítica global à doutrina e ao direito italiano, e o nosso próprio entendimento acerca da posição culminante de CARNELUTTI neste debate, em sentido diametralmente contrário ao

a efeito em Portugal por ALBERTO DOS REIS e MANUEL RODRIGUES é mais ou menos abertamente reconhecida pelos próprios autores italianos, quando se debruçam sobre o novo direito processual português então promulgado (vid. neste sentido, por todos: LUIGI FERRARA, *Moderni Problemi del Diritto* cit., Milão 1938, 172; ROBERTO GOLDSCHMIDT, *Intorno al progetto di un nuovo codice di procedura civile portoghese*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1, 1936, 277-281 e em especial 280; e, ALCALÁ ZAMORA, *Aportation hispanica à la diffusion de la sciencia procesal italiana*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile* (30 Setembro-30 Outubro de 1950), Pádua 1953, 174 nota 3.

(⁴⁷⁴) Vid. *supra*, 242-245 e nota 322; e 279 e nota 371.

(⁴⁷⁵) Cf. *supra*, *ibidem*.

da interpretação daquele autor — importa ainda a este propósito destacar e considerar separadamente as três ou quatro fases fundamentais por que últimamente passou a evolução deste instituto naqueles referidos direitos e doutrina, que pelas múltiplas razões acima indicadas ⁽⁴⁷⁶⁾ ora nos interessa sobremaneira considerar:

Em primeiro lugar, a fase dos precedentes doutrinários e legislativos concernentes à elaboração do então futuro Código de 1865, na qual avultam, especial e respectivamente, os já citados e conhecidos nomes dos dois autores desse mesmo Código e do Projecto que imediatamente o antecedeu (VACCA e PISANELLI); e ao lado destes o de alguns dos seus mais directos, categorizados e quase contemporâneos comentadores ⁽⁴⁷⁷⁾.

Em segundo lugar, a fase relativa ao movimento doutrinal elaborado sobre a interpretação e execução do referido Código e legislação ulteriormente promulgada (em especial a já mencionada Lei de 16 de Abril de 1892), mas anterior ao início do amplo movimento de reforma processual que culminou com a

⁽⁴⁷⁶⁾ Já acentuámos (*supra*, 40 s. nota 23, 49 nota 32, 62 nota 48, e 125 s. e nota 157) e melhor procuraremos demonstrar no decurso deste ensaio (*infra*, Cap. II) que o pensamento de ALBERTO DOS REIS evoluciona profundamente no domínio da nossa legislação processual promulgada até 1939, e culminada, como todos sabem, com a publicação do Código de Processo Civil desta mesma data. Tendo começado por sustentar uma orientação de base marcadamente contratualista e dispositiva da conciliação em geral, mas acabando todavia por subscrever uma concepção acentuadamente jurisdicinalística, como a explicitamente definida em relação ao Código de Processo italiano de 1940, entre outros, precisamente, pelos autores citados no texto (DINO GRANDI, CALAMANDREI e MARIANO D'AMELIO) a cujas opiniões expressa e detalhadamente se reporta (vid. *supra*, p. imediatamente antecedente).

⁽⁴⁷⁷⁾ Vid. por todos, BORSARI, cit., *Il Codice di Procedura Civile annotato*, Nápoles-Roma 1872¹.

promulgação do Código de 1940: — em que por sua vez fundamentalmente avultam também as já mencionadas obras científicas e pré-legislativas de MORTARA, de MATTIROLO, CHIOVENDA, CARNELUTTI, REDENTI e de outros autores, revestindo para nós neste momento particular interesse a análise das posições assumidas perante o problema por todos estes eminentes jurisconsultos, em especial os dois primeiros e o último.

Seguidamente, uma terceira fase, que corresponde precisamente ao aludido largo período de infatigável e fecundo labor científico e pré-legislativo acima assinalado, que caracteriza o importante lapso de tempo preparatório da gestação da vigente legislação processual civil italiana (verdadeira fase de transição entre a velha e a nova legislação), na qual sobressaem e ganham particular relevo e importância os também aludidos, numerosos e valiosos Projectos legislativos elaborados, desde a quase contemporaneidade da publicação do Código de 1865⁽⁴⁷⁸⁾, mas sobretudo a partir de 1909 com o também já referido *Projecto Orlando*; e mais significativamente ainda, a partir de 1919 (com o célebre *Projecto Chiovenda*), em que atingem grande altura, além destes dois eminentes juristas, as também já mencionadas figuras de MORTARA, CARNELUTTI, REDENTI e SOLMI, autores, como já referimos, de outros tantos notáveis Projectos de código de processo civil, que como todos sabem, correm normalmente com

⁽⁴⁷⁸⁾ Vid. em GRANDI, no já referido (*supra*, 86 nota 74) e célebre Discurso ao Senado Italiano, de 10 de Maio de 1940, o elenco completo dos dezasseis Projectos de código processual civil elaborados em Itália no período considerado, figurando nesse elenco, em primeiro lugar, o *Projecto Catucci* de 1868 — Discurso este inserto, como já acentuámos, na ed. oficial do Código de 1940 do *Istituto Poligrafico dello Stato* (Roma 1942, pp. v a LII). — Cf. em especial a p. XIX.

os seus nomes na doutrina jurídica italiana e estrangeira ⁽⁴⁷⁹⁾: — e em que a linha de tendência jurisdicionalística é assaz bem vincada, pela consagração em todos eles da conciliação judicial posterior, que atingiu, aliás, (como também já sublinhámos) ⁽⁴⁸⁰⁾ uma expressão verdadeiramente inexcedível dentro dessa mesma linha de tendência no já citado e analisado preceito do artigo 182.º do mencionado *Projecto Solmi*, que tornava, como vimos, obrigatória a renovação da tentativa conciliatória oficiosa após o encerramento da instrução da causa.

Finalmente, uma quarta e última fase, sobretudo de crítica doutrinal e de reelaboração dogmática, posterior ao Código de 1940, visando primordialmente a sua interpretação e comentário: — na qual ganham também excepcional relevo, pelas suas manifestações de pendor jurisdicionalístico e pelo interesse e sugestivo da sua argumentação, o célebre *Relatório Grandi*, que acompanhou a publicação oficial do texto do mesmo Código, como sua «exposição de motivos» ⁽⁴⁸¹⁾, da autoria do próprio legislador (o mencionado DINO GRANDI), e as *Istituzioni* de CALAMANDREI que, por circunstâncias particulares,

⁽⁴⁷⁹⁾ Insistimos nesta observação para evitar possíveis confusões; posto que, como já se referiu acima (*supra*, 14 nota 6), é de todos sabido, que o *Projecto Carnelutti* foi elaborado por incumbência do Ministro do tempo e também notável jurista ALFREDO ROCCO, sendo também por vezes designado, como já aludimos, pelo nome deste último autor; e o mesmo se passa, como também já se sublinhou, com o *Projecto Redenti*, o qual por ter sido elaborado por incumbência do Ministro DE FRANCISCI é também por vezes citado entre os autores como *Projecto De Francisci*.

⁽⁴⁸⁰⁾ Cf. *supra*, 14 nota 6, 217, 219 e 268.

⁽⁴⁸¹⁾ Como já referimos *supra*, 19 nota 12 e melhor veremos *infra*, 329 nota 489.

parecem constituir uma segunda voz (ou via de repetição ⁽⁴⁸²⁾) em termos porventura mais explícitos, detalhados e vibrantes) da própria voz do legislador. — E isto, sem querer de nenhum modo minimizar o papel de vários outros notáveis juristas italianos que alinham na mesma corrente de pensamento: — como os já citados NAPPI ⁽⁴⁸³⁾ e sobretudo PUTZOLU ⁽⁴⁸⁴⁾, Subsecretário de Estado da Justiça do gabinete de DINO GRANDI, e membro da Comissão Ministerial que fez a última revisão do Projecto de 1937 (do qual proveio directamente o notável sistema legislativo processual promulgado em 1940); LEOPOLDO CONFORTI (prestigioso magistrado que igualmente fez parte, ao lado de CARNELUTTI, REDENTI e CALAMANDREI, daquela mesma mencionada Comissão ministerial); e vários outros categorizados processualistas, como ALLORIO, D'AMELIO, ZANZUCCHI, ANGELONI, para não aludir por agora senão aos mais conhecidos ⁽⁴⁸⁵⁾.

41. Mas dada a particular importância da análise do pensamento dos dois primeiros e categorizados autores acima referidos — GRANDI e CALAMANDREI —, para o conhecimento e apreciação do estado actual do direito e da doutrina italiana;

⁽⁴⁸²⁾ Vid. *supra*, 19 nota 12 e 63 nota 50 e sobretudo *infra*, 333, 334-348 e 348-389, a flagrante semelhança de conceitos (e até de expressões verbais) que se notam nas supramencionadas obras destes dois autores.

⁽⁴⁸³⁾ Cf. o seu cit. *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milão 1941, 1.º vol. *Disposizioni Generali — Parte Seconda*, 694, nota 5, 656 ss., 659, 660, nota 4 ss.

⁽⁴⁸⁴⁾ Cf. *ibidem*, 660 nota 4 ss. e *supra*, 205.

⁽⁴⁸⁵⁾ A alguns dos quais já fizemos oportuna, embora breve referência e a outros ainda faremos (cf. *supra*, 48 nota 30; 113; 121; 128 nota 168; 192 nota 237; 205; 207 e 323; e *infra*, 505 ss.; 507 ss.; 511 ss.; 515 ss.; 517 ss.; 520 ss. e 524 ss.).

e dado que sendo estes dois autores de tendências nitidamente jurisdicionalísticas, ambos vincam de maneira particularmente frisante nas suas obras a inexactidão da afirmação de CARRESI de que «ninguém sèriamente» sustentou no direito italiano uma concepção deste estilo, vamos passar a expor e analisar desde já as opiniões desses dois eminentes juristas, focando portanto o problema em análise na última das fases que deixamos assinalada: — porque logo aí, sem mais delongas, e da maneira mais vigorosa e flagrante, é posto em evidência, segundo pensamos, o apontado vício da construção daquele autor.

E estamos em crer que esta razão de se tentar ir assim, mais directa e ràpidamente, direitos ao fim que nos propomos atingir neste ensaio, justifica inteiramente (ou pelo menos em larga medida) a inversão da ordem lógica e cronológica que parecia decorrer (e até certo ponto efectivamente decorre) da sucessão de fases acima assinaladas.

De resto, é também fàcilmente visível e compreensível que não há entre as referidas fases (pelo menos, entre as duas últimas, e, porventura até, entre estas e a segunda fase — que visa fundamentalmente o comentário da legislação de 1865 e imediatamente posterior), uma perfeita autonomia e rigidez de linhas de demarcação: — quer quanto às ideias fundamentais que inspiram as duas legislações, passada e presente, nos pontos ora em apreço, quer em relação aos autores que as representam. — Assim sucedendo que, além de CARNELUTTI, MORTARA, CHIOVENDA, GRANDI, CLAMANDREI, REDENTI e outros autores pertencem, simultâneamente, às três últimas fases: — de crítica da legislação de 1865, de preparação da nova legislação ora vigente e de interpretação e reelaboração sistemática desta última.

Vamos passar, pois, a expor e definir em primeiro lugar, embora em ligeiras sínteses, as posições de GRANDI e de CALA-

MANDREI perante este aliciante tema; — começando pela análise do pensamento do primeiro destes dois eminentes autores.

42. Ora, para bem se compreender e definir a posição de GRANDI dentro dos quadros da moderna doutrina italiana no tocante à resolução do presente debate, deve começar por se observar, antes de mais, que se os pontos culminantes da tendência jurisdicionalística (que em larga medida informou e caracterizou, como acabamos de ver, a elaboração doutrinal e pré-legislativa que antecedeu e conduziu à vigente lei processual italiana), já estão, em boa parte, nitidamente concretizados e simbolizados nas obras de CARNELUTTI e no *Projecto preliminar Solmi* acima aludidos⁽⁴⁸⁶⁾ (este último por sua vez, notavelmente enriquecido e esclarecido pelo *Relatório* do Ministro que o elaborou⁽⁴⁸⁷⁾ e pela ampla e vibrante discussão à sua volta travada)⁽⁴⁸⁸⁾, cremos, todavia, que onde essa tendência assumiu as suas mais nítidas, vigorosas e elaboradas formas de expressão, foi precisamente naquele notável e já várias vezes citado *Relatório* do próprio Ministro DINO GRANDI que promulgou o Código de 1940⁽⁴⁸⁹⁾: — onde, aliás, a questão

⁽⁴⁸⁶⁾ E bem assim aos demais projectos legislativos elaborados em Itália, sobretudo a partir de 1919 — os já referidos *Projectos* de CHIOVENDA, de MORTARA, de CARNELUTTI e de REDENTI (já citados *supra*, 13 nota 6).

⁽⁴⁸⁷⁾ Este *Relatório* encontra-se publicado, conjuntamente com o texto do referido *Projecto Solmi*, na edição oficial do cit. *Istituto Poligrafico dello Stato*, Roma 1937, sob o título: *Ministero di Grazia e Giustizia — Codice di Procedura Civile — Progetto preliminare e Relazione*, (pp. v a LII).

⁽⁴⁸⁸⁾ Discussão esta condensada nos três grossos volumes das *Osservazioni e proposte* já acima aludidos (vid. *supra*, 5 nota 4).

⁽⁴⁸⁹⁾ Trata-se, como oportunamente referimos (*supra*, 326), de uma autêntica e notável «exposição de motivos», subscrita pelo legis-

aparece expressa e significativamente formulada — como convinha ao seu mais completo e claro entendimento — no plano especial e algo relevante das suas estreitas e transcendentais conexões com o problema geral e central dos *poderes do juiz* ⁽⁴⁹⁰⁾.

Assim, a demonstração e justificação da tese marcadamente jurisdicionalística da conciliação sustentada por este autor naquele seu referido *Relatório*, decorre fundamentalmente naquele mencionado plano e nos seguintes três aspectos ou momentos essenciais:

Por um lado, e num primeiro momento, ao pretender definir a posição do juiz perante a lei num Estado autoritário (como é, reconhecida e confessadamente pelo referido autor, o Estado italiano da época fascista), GRANDI enuncia e sublinha as razões da perfeita compatibilidade dogmática entre o *princípio da legalidade* (que o próprio conceito de Estado autoritário pressupõe, e adstringe o juiz à mais fiel e diligente observância do direito legislado) e o aparentemente oposto

lador italiano (o mencionado Ministro da Justiça DINO GRANDI) sob o título de *Relazione alla Maestà del Re Imperatore*, apresentada a Vítor Manuel III na audiência de 28 de Outubro de 1940 para a aprovação do texto definitivo do novo Código de Processo Civil que se pode ler (como também aludimos *supra*, 86 nota 74) na ed. oficial deste importante diploma legislativo, publicada no ano da sua entrada em vigor (21 de Abril de 1942) pelo cit. *Istituto Poligrafico dello Stato* (Roma 1942, ano 20, 6-84).

⁽⁴⁹⁰⁾ Vid. *supra* (N.ºs 1-19) onde se apontam as principais razões da particular importância e transcendência desta conexão dos institutos em análise com o problema geral dos poderes e deveres do juiz: — e designadamente com o problema do tipo de controle a exercer por este em relação à transacção e à conciliação — tema fundamental do presente ensaio. (Cf. em especial, pp. 39 ss., 46 ss., 70 ss., 74 ss., 129 ss., 168 ss., 177 ss., 183 ss., 192 ss. e 199 ss.).

princípio do acréscimo dos poderes do juiz nas reformas processuais modernas (inspiradas no sistema da *oralidade*, da *concentração* e da *imediação*, como a italiana), que incidem fundamentalmente sobre a direcção do processo e sobre a averiguação da verdade substancial dos factos e situações jurídicas controvertidas que constituem objecto dos pleitos judiciais ⁽⁴⁹¹⁾.

Num segundo momento, alude a um muito especial e restrito conceito de *solução de equidade* que a legislação italiana, como vimos ⁽⁴⁹²⁾, consente aos juizes em assaz larga medida promover; conceito esse que é posto em estreita correlação quer com o apontado princípio da legalidade (em si mesmo em tese geral considerado), quer e sobretudo com o condicionamento particular da renovação legislativa italiana do tempo, que se não confinou ao campo do processo, mas quis fazer também de todo o direito substantivo, na impressiva fórmula do autor em foco «um direito jovem que respeitasse em todas as suas disposições os novos tempos» ⁽⁴⁹³⁾.

E finalmente, num terceiro momento, DINO GRANDI inculca que num dos seus pendores mais salientes (e em mais do que um sentido), os dois conceitos de *conciliação* e de *solução*

⁽⁴⁹¹⁾ Recorde-se sobre este importante ponto do *revigoroamento* dos poderes do juiz na direcção e instrução dos procesos modernos de feição publicística e inquisitória (e da sua íntima conexão com os princípios da oralidade, da imediação, da concentração e de várias outras características daqueles mesmos processos), o que já se disse na Parte I deste ensaio (cf. notas 447 e 490) e em especial o também referido na nossa já várias vezes mencionada *Atendibilidade de factos não alegados* (a pp. 81 e ss., 114 e ss., 131 e ss. e 153 e ss.), bem como os autores e obras num e noutro lugares citados.

⁽⁴⁹²⁾ Cf. *supra*, 204 e nota 256; e 216 e nota 276.

⁽⁴⁹³⁾ Vid. *Relazione cit.*, n.º 8, p. 18.

de equidade tendem a confundir-se e a assimilar-se; reconduzindo-se fundamentalmente à já descrita figura da *arbitragem de equidade não vinculativa* ⁽⁴⁹⁴⁾, através da qual o Estado, promovendo a conciliação amigável dos litigantes, não pretende abdicar da sua alta e delicada função de declarar e tutelar o direito objectivo, mas tão só eliminar «a estéril litigiosidade» e «adequar o processo às exigências reais de todas as controvérsias concretas» ⁽⁴⁹⁵⁾.

Pela singular importância de todos estes relevantes aspectos do problema, focados directa e claramente no *Relatório* em análise, que vincam com particular nitidez o sentido jurisdicionalístico do instituto da conciliação na vigente legislação processual italiana; e ainda porque tal *Relatório* representa como que o coroamento lógico-dogmático (ou ponto de chegada) da larga elaboração doutrinal e pré-legislativa que acima deixámos, no mencionado sentido, referida ⁽⁴⁹⁶⁾ — onde, além do mais, são nitidamente visíveis as marcas específicas e inconfundíveis do pensamento de alguns dos mais eminentes autores já analisados e a analisar de seguida neste ensaio (designadamente de CARNELUTTI, MORTARA, REDENTI, ALLORIO e SOLMI) — julgamos que nunca como agora, em relação aos vários pontos e argumentos focados nestes passos, tanto se terá justificado uma larga e fiel reprodução e apreciação crítica do pensamento (e por vezes até das próprias palavras) do legislador italiano, a fim de não só se captar a verdadeira essência jurisdicionalística da conciliação ora vigente em Itália, mas de persuadir quem tiver a paciência de acompanhar esta exposição, de quanto é inexacto, incompleto e infiel

⁽⁴⁹⁴⁾ Cf. *ibidem*, p. 19.

⁽⁴⁹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁹⁶⁾ Cf. *supra*, 329.

o mencionado juízo de CARRESI acerca do estado da doutrina e do direito do seu próprio país; — a denunciar a já tantas vezes por nós aludida extrema delicadeza deste tema ⁽⁴⁹⁷⁾ e as dificuldades da demonstração da tese que acerca dele nos propusemos sustentar.

E cumpre ainda sublinhar — em plena corroboração do interesse dessa integral e rigorosa reprodução e análise crítica do pensamento de DINO GRANDI — que CALAMANDREI, o eminente processualista que tão larga acção sem dúvida desempenhou na fase final da elaboração do Código de Processo Civil italiano de 1940 ⁽⁴⁹⁸⁾ — e porventura até na impressiva formulação das próprias ideias expressas no *Relatório* em exame (a ponto de já termos encontrado, como a outro propósito sublinhámos ⁽⁴⁹⁹⁾, quem autorizadamente lhe atribuisse a autoria dessa excelente peça científico-legislativa) — e que foi da mesma sorte, como oportunamente se demonstrará no decurso desta investigação, um dos primeiros, mais autorizados e vibrantes comentadores do novo Código ⁽⁵⁰⁰⁾, todavia, em matéria de conciliação, pouco mais logrou fazer do que umas simples, embora brilhantes e sugestivas sínteses ou paráfrases, de algumas das mais salientes ideias constantes do *Relatório* que vimos de mencionar ⁽⁵⁰¹⁾.

Vejamos, pois, um pouco mais de espaço e em toda a sua

⁽⁴⁹⁷⁾ Vid. *supra*, 121-131 e sobretudo *infra*, Parte II, Cap. II.

⁽⁴⁹⁸⁾ Cf. cit. *Discurso* de GRANDI ao Senado, XXV.

⁽⁴⁹⁹⁾ Vid. *supra*, 19 nota 12, 63 nota 50 e 327.

⁽⁵⁰⁰⁾ Aludimos, em especial, às já citadas *Istituzioni* deste eminente autor, publicadas imediatamente após a promulgação do Código de processo de 1940 (ed. Cedam, Milão 1941).

⁽⁵⁰¹⁾ O que de algum modo reforça a indicada suspeição de ter sido o seu verdadeiro autor, senão, pelo menos, o seu mais directo inspirador.

plenitude, o pensamento de GRANDI em relação a cada um dos aspectos ou momentos acima sintetizados.

43. Quanto às razões da rigorosa adstrição ou vinculação dos julgadores perante o princípio da legalidade, da compatibilidade deste princípio com o revigoramento dos poderes do juiz em matéria de direcção e instrução do processo e dos limitados confins dos poderes equitativos atribuídos a este último no Estado autoritário italiano, GRANDI começa por salientar (em relação aos dois primeiros aspectos) que «a feliz circunstância pela qual o novo Processo Civil nasce contemporaneamente⁽⁵⁰²⁾ com aquela legislação substancial de que deverá ser o instrumento, permite reafirmar no juiz, ao qual é confiado o governo do novo processo, a altíssima função de austero executor de uma mais forte e mais plena legalidade»; e que «quando se aponta como um dos fundamentos da reforma processual o acréscimo dos poderes do juiz, se entende aludir⁽⁵⁰³⁾ aos poderes de direcção do processo e de averiguação da verdade dos factos»⁽⁵⁰⁴⁾. E sublinha de seguida (em rela-

⁽⁵⁰²⁾ Com efeito, apesar de o texto do novo Código Civil italiano só ter sido aprovado em 16 de Março de 1942 (*Régio decreto n.º 262*, art. 1), enquanto que o texto do novo Código de Processo Civil o fora em 28 de Outubro de 1940 (*Régio decreto n.º 1443*), ambos estes Códigos entraram em vigor em 21 de Abril de 1942 (citados arts. 1 dos mencionados decretos). Esclareça-se, todavia, que os livros do Código Civil sobre as pessoas, sobre as sucessões *mortis causa* e as doações, sobre a propriedade, sobre as obrigações, sobre o trabalho e a tutela dos direitos, haviam entretanto sido aprovados pelos *Régios decretos*, respectivamente de 12 de Dezembro de 1938, N.º 1852, de 26 de Outubro de 1939, N.º 1586, de 30 de Janeiro de 1941, N.º 15, de 30 de Janeiro de 1941, N.º 17 e de 30 de Janeiro de 1941, N.º 18.

⁽⁵⁰³⁾ *Relazione cit.*, n.º 8, p. 17.

⁽⁵⁰⁴⁾ *Ibidem*, p. 18.

ção ao último daqueles três indicados aspectos e em corroboração e desenvolvimento deste mesmo pensamento) que «o reforço da autoridade do juiz não pode significar, no Estado (italiano) fascista, a atribuição aos tribunais de poderes criativos do direito»⁽⁵⁰⁵⁾; pois «teria sido em vão erguer o grande edifício da codificação, que mostra em todos os seus preceitos a marca de uma consciente e unitária vontade renovadora, se depois fosse atribuído ao juiz o poder de sobrepor caso por caso, à vontade expressa na lei, o seu variável arbítrio»⁽⁵⁰⁶⁾.

E prosseguindo na mesma linha de demonstração, GRANDI considera ainda que por esta mesma e fundamental razão «o Estado autoritário repele enèrgicamente as tendências, que periòdicamente se revelam nas crises da legalidade, dirigidas a enaltecer o juiz para deprimir o legislador; tendências estas, que significando enfraquecimento dos poderes centrais do Estado e fraccionamento da unidade do direito não podem como tais deixar de ser repudiadas por um Estado que seja zeloso guarda da própria unidade e da própria soberania»⁽⁵⁰⁷⁾.

Por último, e ainda em idêntico sentido — mas focando agora directamente o problema da natureza e amplitude do conceito de equidade consagrado pela legislação italiana em análise, — o mesmo citado autor esclarece que «se em períodos de transição, nos quais permanece ainda formalmente em vigor o velho direito superado pelos tempos, pode ser útil a atribuição ao juiz de poderes equitativos em geral, servindo-se dos quais ele esteja em condições de abrir o caminho, entre as carapaças das velhas leis, ao novo direito em formação,

⁽⁵⁰⁵⁾ Cf. *ibidem*, cit., n.º 8, p. 18.

⁽⁵⁰⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁰⁷⁾ *Ibidem*.

todavia esta latitude de poderes não é concebível para um juiz chamado a aplicar, como acima sublinhámos, uma legislação jovem, que respeita em todas as suas disposições os novos tempos»⁽⁵⁰⁸⁾. Pois que — acrescenta ainda — «em tal clima histórico sòmente se pede ao juiz que seja o sensível e fiel continuador daquelas directivas que se encontram consagradas na lei, e tão pouco se concebe a ideia de que em face do sistema de legalidade (segundo o qual o direito se exprime por normas gerais e abstractas que o juiz é chamado a aplicar aos casos concretos), se possa, retrocedendo milénios, voltar à justiça patriarcal do caso particular»⁽⁵⁰⁹⁾.

Mas DINO GRANDI passa depois a uma segunda ordem de considerações através das quais não só acentua, com particular vigor e nitidez, a já mencionada *assimilação* ou *identidade* estrutural e funcional entre a conciliação e as múltiplas manifestações da ideia de equidade consagradas na vigente lei processual italiana — designadamente, a decisão oficiosa de equidade do conciliador, dentro de certo limite da sua esfera de competência contenciosa (seiscentas liras), e a decisão de equidade do próprio juiz da causa, nos termos, respectivamente, dos artigos 113.º e 114.º do Código de Processo de 1940 —, como sublinha também a *razão de ser* e o *conteúdo* vincadamente jurisdicionalístico que a própria conciliação implica.

E assim refere a tal propósito, por um lado, que tudo quanto acima se considerou e reproduziu «não exclui que em certos casos particulares possa a própria lei reconhecer a oportunidade de conferir ao juiz poderes equitativos; sobretudo naqueles casos em que o julgamento segundo a equidade

(508) *Ibidem*.

(509) *Ibidem*. Mas cf. para maiores detalhes o que se diz a seguir no texto.

se afigure o mais adequado pela complicação da relação controvertida ou pela exiguidade económica do objecto em litígio»; e que «neste sentido — esclarece — devem ser entendidas aquelas disposições do novo código com as quais se tende a tornar mais frequente e mais eficaz em todos os juízos a obra conciliatória do juiz»⁽⁵¹⁰⁾.

E salientando ainda, por outro lado, que exactamente «o mesmo sentido tem a norma pela qual o conciliador julga sempre segundo a equidade as causas cujo valor não excede seiscentas liras» (citado art. 113.º do Código de Processo de 1940)⁽⁵¹¹⁾ e «aquela outra, porventura ainda mais característica, pela qual qualquer outro juiz de mérito pode decidir segundo critérios equitativos não só os casos nos quais a lei lhe atribua expressamente esse poder, mas outrossim aquelas outras hipóteses e casos em que, versando a causa sobre direitos disponíveis das partes, o pedido para os juízes a decidirem segundo a equidade lhe tenha sido dirigido pelas mesmas partes de comum acordo»⁽⁵¹²⁾ (também citado art. 114.º do mesmo Código de Processo).

E muito oportuna e acertadamente, na linha lógica das considerações que acabam de transcrever-se, GRANDI passa depois a definir o exacto alcance do favor que o novo Código italiano demonstra pela *conciliação* ou pela *decisão de equidade*: — sublinhando a tal respeito, e em primeiro lugar, que um tal favor «não deve ser considerado como um sinal de desconfiança na legalidade e como sintoma de acomodaticia tendência para desvalorizar, em vantagem das soluções transactivas, a luta pelo direito»⁽⁵¹³⁾; e pondo em relevo, em

⁽⁵¹⁰⁾ *Ibidem.*

⁽⁵¹¹⁾ Cf. *Relazione cit., ibidem.*

⁽⁵¹²⁾ *Ibidem.*

⁽⁵¹³⁾ *Ibidem*, 19.

segundo lugar, o fim transcendente da justiça persuasiva que a conciliação se propõe alcançar, acentuando que «em muitos casos pode bastar *in limite litis* a sábia e autorizada palavra do juiz para fazer compreender às partes que sem recorrerem à luta judiciária elas têm no acordo amigável o instrumento (adequado) para eliminar com satisfação recíproca o seu litígio» (514).

Por último, nos vários parágrafos com que fecha o n.º 8 do *Relatório* em análise, GRANDI, recapitulando em parte algumas das ideias já antes expendidas (as que acabamos quase integralmente de transcrever), completa a sua brilhante e sugestiva exposição sobre o tema em análise focando explícita e limpidamente os seguintes pontos:

— Em primeiro lugar, o fundamento lógico-racional do citado artigo 114.º e a razão de ser (prática e dogmática) da assimilação do instituto da conciliação à jurisdição de equidade: — o poder de disposição da vontade privada, em conjugação com o argumento *a fortiori* extraído da legitimidade e admissibilidade da arbitragem voluntária (515); sublinhando, uma vez mais, a tal propósito, que essa assimilação se dá em especial com a «arbitragem de equidade» (de que encontra, aliás, um precedente histórico-legislativo e jurisprudencial no árbitro conciliador das causas comerciais do art. 402.º (516) do velho Código de Processo italiano de 1865).

(514) *Ibidem.*

(515) *Ibidem.*

(516) Preceito esse do seguinte teor: «Quando se trate de examinar contas, escrituras e registos, procede-se à nomeação de um ou três árbitros conciliadores, com o encargo de ouvirem as partes e de as conciliarem se isso for possível; na falta de conciliação, de darem o seu parecer.

«Os árbitros conciliadores são nomeados oficiosamente pelo tribunal, se as partes não estão de acordo sobre a escolha dos mesmos».

— E põe também, uma vez mais, em evidência os dois factores primordiais que na prática legitimam o recurso à conciliação ou à arbitragem de equidade: — a grande *complexidade*, *obscuridade* ou *exiguidade* económica de numerosas relações da vida real, que tornam incertas, ou material e economicamente improfícuas, as decisões judiciais.

— E acentua, finalmente, a natureza marcadamente jurisdicional e substancial da actividade conciliatória oficial (confiada aos juizes estaduais), afirmando explicitamente, numa síntese lapidar e altamente significativa já acima referida: — que «tudo isto não significa na verdade abdicação do Estado à sua fundamental função do *dicere jus* a quem lho solicita; significa tão-só eliminação da estéril litigiosidade e adequação do processo às reais exigências de toda a controvérsia concreta» ⁽⁵¹⁷⁾.

44. Mas antes de encerrarmos este número e as nossas breves considerações acerca da marcante posição de GRANDI no importante debate relativo a alguns dos aspectos já aflo- rados, importa atentar uma vez mais nas suas próprias e impressivas palavras, especialmente no tocante a mais alguns relevantes detalhes assinalados por este eminente autor quanto à determinação do fundamento e amplitude da actividade conciliatória do juiz.

Assim, relativamente à razão de ser dos preceitos em exame, e em particular do citado artigo 114.º do Código de Processo italiano, GRANDI diz encontrá-la na «faculdade de as partes disporem dos seus próprios direitos, quando estes não

⁽⁵¹⁷⁾ Estas as sugestivas e frisantes palavras com que GRANDI fecha o citado n.º 8 da notável «exposição de motivos» (cit. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore*) em apreço.

envolvam interesses de ordem pública»⁽⁵¹⁸⁾; — e quanto ao âmbito específico de aplicação da função conciliatória como arbitragem ou jurisdição de equidade, o mesmo autor alude, por sua vez, a que «na prática são frequentíssimos os casos em que as relações jurídicas a decidir pelos tribunais se apresentam de tal maneira complicadas e miúdas (bastando pensar especialmente nos litígios sobre problemas de contabilidade não regularmente organizada, ou nos cálculos por vezes extremamente difíceis a que dão lugar certas liquidações de perdas e danos), que o procurar com base em elementos de facto tão fragmentários e tão discutíveis uma solução *secundum jus*, exigiria uma longa e nem sempre frutuosa actividade instrutória, talvez mais dispendiosa que o próprio valor da controvérsia»⁽⁵¹⁹⁾.

De tal sorte que «nestes casos — observa GRANDI — as próprias partes reclamam» de um modo geral «uma solução *de bono et aequo*»⁽⁵²⁰⁾; esclarecendo ainda que «era sobretudo para a decisão destes mesmos casos que, sob o império do velho Código, os litigantes recorriam com frequência (escasso sendo o campo de acção do árbitro conciliador previsto no já citado art. 402.º desse mesmo Código) às arbitragens de equidade por compositores amigáveis»⁽⁵²¹⁾.

Ora, é precisamente em relação a situações desta natureza que GRANDI, como já se referiu⁽⁵²²⁾, declara ter considerado «que se se deve manter às partes, quando litigam sobre direitos disponíveis, a faculdade de exigirem uma solução

⁽⁵¹⁸⁾ Vid *Relazione* cit., 19 e *supra*, 336-338 *passim*.

⁽⁵¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵²⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁵²¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵²²⁾ Vid. *supra*, 336-339 *passim*.

equitativa a árbitros privados de sua escolha, *a fortiori* deve reconhecer-se-lhes o poder de se dirigirem com igual confiança ao juiz do Estado e de se remeterem ao seu sábio sentimento de equidade, educado pelo exercício do seu ministério» (⁵²³).

45. Cremos que, em face das amplas transcrições e paráfrases que se deixam referidas à volta deste importantíssimo documento doutrinal e legislativo que é a *Relazione Grandi*, já poderíamos afoitamente concluir, como começou por se anunciar no início deste número, que ele encerra a demonstração insofismável de a legislação processual italiana ora vigente ter consagrado uma orientação de pendor nitidamente jurisdicionalístico da conciliação judicial no decurso da causa, em relação à qual, conseqüentemente, o juiz (como conciliador), tem o *dever de orientar* as partes, formulando construtivamente *propostas concretas* de solução amigável, inspiradas nos princípios da *justiça* e da *equidade*, e de procurar *persuadi-las* a aceitarem voluntariamente essas propostas, renunciando ao prosseguimento da luta judiciária.

E neste sentido das numerosas e sugestivas fórmulas e sínteses utilizadas por GRANDI para expressar esse seu pensamento (já acima quase integralmente reproduzidas) (⁵²⁴), permitimo-nos destacar e chamar uma vez mais a atenção para as seguintes:

Em primeiro lugar, para aquela passagem em que GRANDI refere que o *favor* do novo Código pela conciliação ou pela *decisão de equidade* não constitui «sinal de descon-

(⁵²³) *Relazione* cit., 19.

(⁵²⁴) Vid. *supra*, 330-333; 334-337 e 339 ss.

fiança ⁽⁵²⁵⁾ na legalidade, nem sintoma de tendência acomodática para desvalorizar em benefício das soluções transactivas a luta pelo direito»: — em perfeita correspondência, aliás, com a síntese final há pouco reproduzida, de que na conciliação o Estado *não abdica* «da sua função fundamental do *dicere jus*» ⁽⁵²⁶⁾.

Em segundo lugar, para aquela outra em que, na sequência da mesma linha de pensamento, afirma que em muitos casos «pode bastar *in limite litis* a sábia e autorizada palavra do juiz para fazer compreender às partes que elas sem recorrerem à luta judiciária têm no acordo amigável o instrumento (adequado) para eliminar com satisfação recíproca o seu litígio» ⁽⁵²⁷⁾ — em conjugação com a parte final do penúltimo período do n.º 8 em análise, na qual, referindo-se em especial à arbitragem de equidade do juiz da causa (prevista no citado art. 114.º e *expressis verbis* assimilada à conciliação), diz que ela revela que se deve reconhecer às partes o poder de se dirigirem não só a árbitros privados da sua escolha, mas «com a mesma confiança ao juiz do Estado», remetendo-se «ao seu sábio sentimento de *equidade*, educado pelo exercício do seu ministério» (ou seja, a *função de julgador*) ⁽⁵²⁸⁾.

E frise-se, uma vez mais ainda, que não só o juiz tem de indicar às partes a *solução de equidade* que o seu «sábio» e autorizado «sentimento» de julgador lhe inculcar, mas tem, a par disso, que tentar *persuadi-las* a aceitarem essa solução como a mais justa e conveniente para ambas: — é o que fun-

⁽⁵²⁵⁾ *Relazione cit., ibidem, e supra, 32-34; 41-42; 47-58 e 59-70, passim, texto e notas.*

⁽⁵²⁶⁾ *Ibidem.*

⁽⁵²⁷⁾ *Vid. ibidem, e supra, 338.*

⁽⁵²⁸⁾ *Ibidem.*

damentalmente se traduz no clássico e transcendente conceito de «justiça persuasiva» já por nós várias vezes aludido na Parte I deste estudo (⁵²⁹), e expresso na já referida fórmula utilizada por GRANDI, segundo a qual a conciliação tem de eliminar os litígios com «satisfação recíproca» dos litigantes (⁵³⁰).

Mas há duas outras e não menos impressivas fórmulas também utilizadas por este eminente autor que, embora sintetizando uma face importante do seu pensamento, (e, sobretudo, da mencionada ideia de *justiça persuasiva*), surgem, todavia, um tanto desgarradas no conjunto das demais considerações; e que estão, à primeira vista, tão profundamente distanciadas da referida ideia de «*satisfação recíproca*» dos litigantes, que não parece nada fácil apreender-lhes o seu, sem dúvida, muito relevante e transcendente alcance, dentro de uma visão jurisdicionalística da conciliação moderna: — trata-se da dupla alusão à «eliminação da estéril litigiosidade» (⁵³¹) e à «adequação do processo às exigências reais de cada controvérsia concreta», com que, como já acentuámos (⁵³²), GRANDI fecha o n.º 8 da *Relazione* em análise.

Ora, de todo o teor verbal e do próprio esquema lógico das ideias expressas nesta brilhante «exposição de motivos» parece ressaltar que a dupla referência que nela se faz à «eliminação da estéril litigiosidade» e à «adequação do processo às exigências reais» das controvérsias (em consonância com a ideia basilar de que na conciliação o Estado *não abdica* da

(⁵²⁹) Cf. *supra*, 59; 63 s. nota 50; 66 nota 58; 72 ss.; 75 ss.; 129 ss.; 138 ss.; 154 s.; 162 e nota 203; 163 e nota 203; 168; 192-197; 202; 204 e nota 256; 206-211; 216 e nota 276; e 237.

(⁵³⁰) *Relazione* cit., 19.

(⁵³¹) *Ibidem*.

(⁵³²) Cf. *supra*, 339 e nota 517.

sua função primacial de *declarar o direito*), teve em vista sublinhar as duas já assinaladas ordens de hipóteses em que GRANDI preconiza o uso da conciliação ou da solução de equidade: — aquelas situações que pela sua extrema complexidade e minúcia (sobretudo em matéria de facto) e pela sua exiguidade económica, exigiriam uma exaustiva (e porventura infecunda) actividade instrutória, em princípio mais onerosa e dispendiosa do que o próprio valor da causa.

Portanto, a «*litigiosidade*» (no sentido de exercício ou actuação prática da actividade jurisdicional ordinária ou contenciosa dos tribunais) seria sem dúvida, neste caso, verdadeiramente «*estéril*»; — e em contrapartida a solução conciliatória ou arbitral de equidade, que, pela sua índole particular, rodeava a dificuldade (impedindo aquele estranho e indesejável resultado), seria sem dúvida *a mais adequada* à situação hipotizada: — pois nem se correria o risco (no plano da reintegração e tutela dos interesses substanciais em litígio), dum solução porventura abertamente contrária ao direito, nem se cairia tão-pouco na chocante inconsequência de a decisão judicial, na hipótese de ser justa e razoável, resultar totalmente inoperante (*estéril*), por o custo do processo absorver inteiramente (ou até *exceder*) o valor do próprio objecto litigioso.

Ver-se-á, porém, no número subsequente deste Capítulo, que o alcance destas impressivas fórmulas é, em síntese, ainda mais amplo e transcendente do que as considerações feitas deixam à primeira vista transparecer: — sobretudo, na medida em que revelam e denunciam todo o conjunto das ponderosas razões que podem levar a este pouco desejável e pouco lisonjeiro resultado, de se pôr em movimento a complicada e dispendiosa máquina judiciária, sem uma razão séria para suportar todos os seus sabidos inconvenientes;

— e correndo até, para além disso, o grave risco de esse custoso mecanismo vir a funcionar *em pura perda* ⁽⁵³³⁾.

Note-se, de resto, a fortíssima probabilidade de GRANDI se ter inspirado directamente neste ponto no pensamento de

⁽⁵³³⁾ Trata-se, com efeito, de uma linha de orientação em grande parte semelhante a uma ideia que também já aflorara no supracitado estudo de REDENTI, intitulado *Sul nuovo progetto del Codice di Procedura Civile* (Pavia 1935), 6 e 7, cit., *supra*, 32 nota 15, a qual se traduz na importante e vincada directiva traçada por este eminente processualista no sentido de «desobstruir o campo (do processo) dos vãos litígios», eliminando os processos «promovidos ou sustentados sem base séria ou contra a boa fé»; e que ganha também particular precisão e relevo nos vibrantes comentários de CALAMANDREI e de SOLMI aos institutos em análise, como dentro em pouco passaremos a demonstrar (*infra*, n.º 46 ss.).

E também oportunamente se procurou demonstrar (*supra*, 11 nota 5; 13 nota 6; 54 nota 39; 217 ss.; 220 ss.; 264 nota 350 e 270), que uma directiva semelhante se manifestou no moderno direito processual alemão; e com tal vigor que levou à criação da já mencionada tentativa obrigatória de conciliação nos processos perante o juiz singular (*Amtsgericht*). — É o que quanto a nós claramente resulta do comentário à *Nova Lei alemã sobre o processo civil* de 27 de Outubro de 1933, que se lê na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1925, I, 272 ss., da autoria do conhecido e eminente jurista ERICH VOLKMAR, segundo o qual a referida tentativa conciliatória «deveria servir para separar as lides que podiam ser definidas com um acordo amigável melhor do que através da contestação judicial, dos casos de verdadeiro e próprio litígio»; — acrescentando (e pondo assim também em evidência um dos pendores mais importantes e originais do processo conciliatório alemão então vigente) que nos casos em que a tentativa de conciliação amigável não resultasse, o processo em análise serviria então *para preparar o debate*, de tal sorte que, na audiência de discussão contenciosa que se havia de seguir, todo o material instrutório necessário para a decisão pudesse estar recolhido (cf. *supra*, 217 e 220-222, as nossas considerações acerca do instituto em referência consagrado e disciplinado nos §§ 495

alguns dos famosos processualistas italianos acima referidos, nomeadamente de CARNELUTTI, CALAMANDREI e sobretudo de REDENTI (⁵³⁴) — os quais dentro em pouco passaremos a analisar. — Dado ser de todos bem sabido, por explícita confissão

e ss. da Z. P. O. alemã de 1877, segundo a referida e importante Reforma de 27 de Outubro de 1933).

E um fundo de ideias algo semelhantes aparece também expresso por WYNESS MILLAR, em relação ao moderno direito processual civil americano, ou mais rigorosamente, ao já referido e notável instituto do *Pré-Trial Procedure* (vid. o já cit. escrito *Le Regole federali del 1938 sul processo civile*, na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1940, I, 41 ss. e 16 e *supra*, 95). — Ideias essas que cremos estarem também aludidas em SENTIS MELENDO (reportando-se ao processualista americano MAC MAHON e a FREDERIC SONDERN, JR.) no seu já também citado estudo sobre a moderna *Ley argentina N.º 14.237*, publicada na *Rev. Der. Proc.*, (Madrid 1956, 196, nota 50); mas que estão, sem dúvida, ainda mais nitidamente formuladas e concretizadas em COUTURE, na sua também já citada e notável *Exposição de motivos do Projecto uruguaio de 1945*, na qual (a p. 127) este eminente e malogrado autor latino-americano oferece uma visão marcadamente jurisdicionalística da conciliação judicial posterior nesse Projecto consagrada (art. 84), apontando como fonte directa deste preceito as *Federal Rules* hoje vigentes nos Estados Unidos da América do Norte. — Cf. também *supra*, 95 e nota 97.

Recorde-se também neste mesmo sentido, entre os autores já citados (*supra*, 223 nota 287 e 225 nota 294), BOURBEAU (*o. c.*, 12 ss.) e o nosso magistrado e deputado liberal PEIXOTO QUEIRÓS (*Diários das Cortes* já citados, v, 123 ss.).

(⁵³⁴) Pois que o estudo deste eminente autor citado na nota antecedente é anterior (1935) ao Código de 1940; sendo, como acentuámos, flagrante a semelhança de ideias nele expressas com as traduzidas por GRANDI na vibrante fórmula «estéril litigiosidade» da *Relazione* em referência.

Há, é certo, também algumas semelhanças desta fórmula com algumas das ideias expressas por CARNELUTTI no *Sistema* (I, 177), obra também anterior (1936) à elaboração do Código de 1940; — mas, sem

do próprio GRANDI, que, por um lado, o pondunoroso e eminente Ministro teve a louvável preocupação de aproveitar na elaboração da nova lei processual todo o extenso, importante e laborioso esforço construtivo realizado pela ciência, pela magistratura e pela administração italiana, em prol do aperfeiçoamento da legislação processual durante mais de duas décadas⁽⁵³⁵⁾: — de tal sorte que, como expressivamente acentuou no seu famoso *Discurso ao Senado de 10 de Maio de 1940*, o novo Código constitui o «produto e a conclusão ideal do trabalho realizado pelos homens de governo e de ciência» que o haviam precedido⁽⁵³⁶⁾; e que, por outro lado, os três supracitados e eminentes autores, juntamente com CONFORTI, constituíram como já sublinhámos⁽⁵³⁷⁾ a restrita, laboriosa e categorizada Comissão legislativa que durante vários meses trabalhou afincadamente, sob a presidência efectiva do próprio Ministro⁽⁵³⁸⁾, na elaboração do *Projecto definitivo do Governo*, do qual saiu (após nova revisão por uma muito mais ampla Comissão Governamental de que, aliás, três dos quatro referidos juristas continuaram a fazer parte)⁽⁵³⁹⁾, o Código de 1940.

dúvida que, como oportunamente se verá (*infra*, na sequência do presente Capítulo) tal semelhança é aqui bastante mais esbatida.

CALAMANDREI fere também a mesma nota nas suas *Istituzioni* (cit., vol. I) como melhor veremos *infra*, n.º 46 e ss.; — trata-se, porém, como já frisámos, de uma obra posterior (1941) à promulgação do mencionado Código de Processo de 1940.

⁽⁵³⁵⁾ Pois que a primeira tentativa para reformar o processo inspirada nas modernas ideias que haviam de conduzir ao Código de 1940, remonta, pelo menos, ao Projecto elaborado pelo Ministro ORLANDO em 1909.

⁽⁵³⁶⁾ *Discurso* cit., XXV.

⁽⁵³⁷⁾ Vid. *supra*, 327 e 347.

⁽⁵³⁸⁾ Cf. *Discurso* cit., XXV.

⁽⁵³⁹⁾ *Ibidem*, XXVI nota 1 e *supra*, 327 e 347.

Eis, agora, para pôr um fecho neste número, os muitos significativos termos em que GRANDI se referiu precisamente à valiosa colaboração dos indicados e eminentes juristas:

«Para dar a melhor actuação a tais directivas — observa GRANDI ⁽⁵⁴⁰⁾ — chamei a colaborar directamente comigo três insignes cientistas do Direito Processual, cuja fama supera merecidamente os confins do nosso país, o Prof. REDENTI da Universidade de Bolonha, autor do *Projecto de 1934*, o Prof. CARNELUTTI da Universidade de Milão, autor do *Projecto de 1926*, o Prof. CALAMANDREI da Universidade de Florença, o qual tinha feito de um modo particular um profundo exame de cientista e de advogado sobre o precedente projecto ⁽⁵⁴¹⁾, e além destes um alto e valoroso magistrado do Supremo Tribunal de Cassação, o Doutor LEOPOLDO CONFORTI.»

«Pretendi que o novo Código — conclui GRANDI, sublinhando a sua louvável linha de orientação há pouco aludida — fosse assim a conclusão ideal do trabalho realizado pelos homens de Governo e de ciência que me precederam» ⁽⁵⁴²⁾.

46. Mas passemos agora, na sequência do plano de exposição acima delineado ⁽⁵⁴³⁾, à análise do pensamento assumido

⁽⁵⁴⁰⁾ Em relação às por ele designadas «novas directivas» definidas nas páginas antecedentes do seu *Relatório*, e entre as quais precisamente figuravam: — «estabelecer que as partes pudessem pedir ao juiz que se pronunciasse como compositor amigável e decidisse segundo a equidade», e «tornar enfim mais eficaz e solene a tentativa de conciliação». — Cf. *Discurso cit.*, XXII ss.

⁽⁵⁴¹⁾ Cremos que GRANDI alude neste ponto, em especial, ao já citado *Parecer da Faculdade de Direito de Florença sobre o Progetto Preliminare Solmi* de que CALAMANDREI foi, como já aludimos, relator (vid. *infra*, 349 e nota 545).

⁽⁵⁴²⁾ *Discurso cit.*, XXV.

⁽⁵⁴³⁾ Vid. *supra*, 257-259; 277-281 e 324-328.

por este segundo e eminente autor em face do problema que neste ensaio, designadamente nesta Parte II, nos propusemos abordar.

A análise da posição de CALAMANDREI perante o presente debate, e sobretudo a demonstração do inegável pendor jurisdicionalístico da sua interpretação do artigo 185.º do Código de Processo italiano de 1940, manifestado em certos passos altamente impressivos das suas aludidas *Istituzioni* (que seguem muito de perto, chegando mesmo à transcrição quase literal de algumas das passagens fundamentais do *Relatório* de GRANDI que acabámos de sublinhar), reveste neste momento, como já frisámos, para a nossa investigação o maior interesse e oportunidade. — Não só pelas razões já acima enunciadas⁽⁵⁴⁴⁾ e pelo abalizado reforço que traz à nossa própria interpretação do pensamento de GRANDI que deixámos esboçada, mas ainda pelas relativas infixidez e flutuação de critérios que aquele eminente autor também revela, através de toda a sua obra, em relação ao tema em análise: — traduzidas na marcada tendência contratualista que, como já vimos e melhor veremos de seguida, manifestou na sua conhecida e ampla crítica ao *Projecto Preliminar Solmi* (e que chega também a aflorar, embora ténueamente, em certos passos das mesmas *Istituzioni*), com base em razões e argumentos que, se lógica e tècnicamente concludentes, teriam em boa parte cabimento em relação ao referido Código de 1940.

Merece, pois, atenção muito particular a análise do pensamento deste eminente autor no presente ensaio.

Assim, e quanto ao referido pendor contratualista, CALA-

(544) Ou seja, o importante papel que desempenhou na elaboração do referido Código de Processo de 1940. (Vid. *supra*, 345 ss.; e em especial 347-348 e nota 541).

MANDREI sustentou no «Parecer da Faculdade de Jurisprudência de Florença» sobre o supramencionado *Projecto Solmi*, de que foi relator ⁽⁵⁴⁵⁾ (a propósito da muito delicada e debatida questão relativa à consagração legislativa do dever de verdade e da conseqüente proibição e repressão da mentira processual, também preconizadas naquele mencionado projecto pelo referido e douto então Ministro da Justiça italiano, ARRIGO SOLMI), CALAMANDREI sustentou — dizíamos —, por um lado, que enquanto se mantivesse em vigor, consagrado nos artigos do Código Civil, o princípio dispositivo, a norma que consagrasse a obrigação de dizer a verdade não podia significar para as partes em causa outra coisa que não fosse um apelo, de valor sobretudo moral, ao genérico dever de boa fé processual, sem que por isso viesse a ser alterado o «delicadíssimo e engenhoso mecanismo» ⁽⁵⁴⁶⁾ do princípio dispositivo, «baseado, como é sabido, no jogo combinado de duas forças contrapostas, cada uma das quais tende a iluminar somente aquela parte da verdade que lhe interessa»; e que provoca assim no processo «uma inconsciente mas efectiva colaboração ou conjugação de esforços» através da qual «o juiz chega a ter diante de si a verdade toda inteira» ⁽⁵⁴⁷⁾. E igualmente sustentou, por outro lado, que o inequívoco e acentuado favor

⁽⁵⁴⁵⁾ O título original deste parecer é o seguinte: *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. Ministro della giustizia sul Progetto Preliminare del Codice di Procedura Civile (Relazione del Prof. Pietro Calamandrei)* — ed. Poligrafica Universitaria del dott. Carlo Cya — Firenze 1937.

⁽⁵⁴⁶⁾ Como impressivamente refere a p. 102 do seu cit. e notável *Parecer*.

⁽⁵⁴⁷⁾ Vid. *ibidem*, e *supra*, 153-154 e nota 194; e vid. igualmente uma alusão à mesma fundamentação lógica do princípio dispositivo na nossa cit. *Atendibilidade*, 142 ss.

com que o *Projecto* em análise considerava e promovia a conciliação (nos já mencionados e concludentes preceitos dos artigos 161.º e 182.º) ⁽⁵⁴⁸⁾, «demonstra que o novo processo não quer ser de tipo rigidamente inquisitório: pois que num sistema processual em que são não apenas admitidas, mas favorecidas as transacções, a obrigação de dizer a verdade em juízo deve ser necessariamente entendida *cum grano salis*» ⁽⁵⁴⁹⁾.

E quanto à individuação das premissas lógicas do princípio dispositivo, em que manifestamente aflora a natureza negocial da transacção, CALAMANDREI refere ainda, reportando-se directamente e reproduzindo até na íntegra uma afirmação do próprio Ministro SOLMI relativa ao seu já referido e notável ⁽⁵⁵⁰⁾ *Progetto Preliminare de 1937* ⁽⁵⁵¹⁾, que «o novo processo reconhece as faculdades dispositivas dos particulares enquanto se atém ao conteúdo e aos limites do pedido e portanto da decisão; e chega à própria definição da lide com meios que somente o interesse ou a confiança pessoal das partes podem sugerir (a transacção e o juramento decisivo)» ⁽⁵⁵²⁾.

Mas também numa das duas partes fundamentais em que nas *Istituzioni* aborda directamente a questão da natureza da conciliação consagrada no mencionado Código italiano de 1940,

⁽⁵⁴⁸⁾ Vid. *supra*, 14 nota 6, 37 nota 19, 217 e 219 s. e nota 281.

⁽⁵⁴⁹⁾ CALAMANDREI, *o. c.*, 103.

⁽⁵⁵⁰⁾ Vid. *supra*, 14 nota 6, 37 nota 19, 217 e 219.

⁽⁵⁵¹⁾ Constante do escrito elaborado pelo autor do aludido *Projecto*, o então Ministro da Justiça ARRIGO SOLMI, sob o título *La tradizione nazionale nel nuovo processo civile*, inserto na publicação daquele mesmo autor intitulada *La Riforma del Codice di Procedura Civile (Discorsi, conferenze e interviste)*, Roma, *Foro Italiano*, 1937, 51 ss.

⁽⁵⁵²⁾ CALAMANDREI, *ibidem*, 102.

o autor ora em apreço parece querer igualmente acentuar a mesma referida ideia *dispositiva e contratualista*, ao definir a posição do juiz perante este instituto como a de um autêntico *mediador* que, como tal, «apenas serve de intermediário entre as partes para tentar aproximar as suas vontades até as fazer coincidir no contrato»⁽⁵⁵³⁾; — chegando mesmo ao ponto de afirmar, explícita e peremptoriamente, com manifesta acentuação (pelo menos no teor e alcance corrente das fórmulas utilizadas) da mencionada ideia contratualista, que a «interposição do conciliador *não altera a natureza consensual* da composição que as partes voluntariamente concluem, mas *visa apenas facilitá-la e estimulá-la*»⁽⁵⁵⁴⁾.

Todavia, e em contrapartida, CALAMANDREI faz depois na obra em análise toda uma larga série de considerações e deduções de natureza essencialmente lógica e técnico-dogmática, das quais se nos afigura resultar claramente que este eminente processualista pretendia perfilhar em relação à vigente legislação processual italiana a *tese jurisdicionalística* da conciliação judicial moderna, em termos muito próximos, (senão até mesmo em larga medida perfeitamente coincidentes)⁽⁵⁵⁵⁾ com os constantes do já examinado *Relatório Grandi*: — pois que essas considerações e deduções no seu conjunto não comportam razoavelmente, como adiante se procurará demonstrar, outra interpretação que não seja de índole marcadamente jurisdicionalística; — enquanto que as considerações e argumentos aparentemente contrários que acabam de referir-se, a despeito da sua por vezes forte impressividade,

(553) *Idem, ibidem*, 86.

(554) *Ibidem* (cumprindo observar que os sublinhados são nossos).

(555) Vid. *supra*, 19 nota 12, 63 nota 50, 327 nota 482, 333, 334-348; e *infra*, no desenvolvimento dos números seguintes, até p. 389.

são todavia susceptíveis de um entendimento que não destoia grandemente daquela referida interpretação.

Mas vejamos um pouco mais detidamente o real significado deste quadro aparentemente contraditório do pensamento do eminente autor agora em foco, que em breves sínteses se deixa delineado.

Assim, cumpre antes de mais começar por se acentuar que CALAMANDREI aborda nas aludidas *Istituzioni* o problema da natureza jurídica da conciliação judicial em três partes fundamentais dessa sua importante obra: — nos §§ 24 e 25, intitulados, respectivamente — *La conciliazione* — e — *Potere creativo del giudice* — em que ventila directamente esta melindrosa e importante questão; — e no § 23, dedicado à *jurisdição voluntária* (de que esse mesmo parágrafo recebe o título), no qual produz também várias ordens de considerações pertinentes e algo relevantes para o claro entendimento do mesmo problema: — dado que um dos traços fundamentais da orientação de CALAMANDREI revelados nesta sua obra reside precisamente em considerar a conciliação como «um caso de jurisdição voluntária», que tributa de «particularmente interessante porque estreitamente correlacionado com o exercício da verdadeira jurisdição»⁽⁵⁵⁶⁾. — Repare-se que são estas até as bem explícitas e significativas expressões com que abre o referido § 24 das *Istituzioni* em análise⁽⁵⁵⁷⁾, dedicado directamente, como acaba de referir-se (e se deduz do seu próprio título)⁽⁵⁵⁸⁾, à análise e definição do conceito e natureza do instituto da conciliação.

⁽⁵⁵⁶⁾ Cf. *Istituzioni* cit., 85.

⁽⁵⁵⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁵⁸⁾ Sublinhe-se uma vez mais que, como se aludiu no texto (*supra*, pág. antecedente), o cit. § 24 é intitulado *La conciliazione*.

Todavia, a despeito de já aqui abordar e pôr em evidência a nota particular da estreita coordenação entre este instituto (da conciliação) e o exercício da verdadeira e delicadíssima função jurisdicional do Estado, nas passagens imediatamente seguintes — nas quais CALAMANDREI pretende precisamente definir a natureza e finalidade da conciliação em geral, reconduzindo-a ao conceito de jurisdição voluntária — fá-lo em termos de tal maneira ambíguos, senão mesmo fortemente dissonantes da linha geral de pensamento da apontada perspectiva jurisdicionalística, (aludindo, por um lado, à função de *mediação* que o conciliador deve desempenhar, por outro, ao requisito objectivo do poder de disposição negocial das partes e, finalmente, à afinidade ou conexão lógico-conceitual e sistemática existente entre *conciliação*, *renúncia* e *transacção*), que mais parece preconizar, pelo menos à primeira vista, a nítida e completa consagração da *tese contractualista e monista* tradicional do direito romano e do direito comum ⁽⁵⁵⁹⁾.

Eis, fielmente reproduzidas, algumas das impressivas sínteses em que CALAMANDREI parece traduzir inequívocamente esta orientação.

Assim e em primeiro lugar, depois de ter aludido ao apontado requisito da *disponibilidade* do objecto (procurando fundamentalmente sublinhar o carácter negocial da conciliação), o eminente autor refere explicitamente que neste caso os «particulares interessados podiam sempre, sem necessidade da obra mediadora do conciliador, compor por si a sua controvérsia por via negocial, ou mediante *renúncia* de uma

⁽⁵⁵⁹⁾ Vid. a este propósito o já várias vezes citado escrito de KRETSCHMAR, *Zur Prozessvergleichslehre*, in *Jherings Jharbücher*, 218, vol. 33 de 1920 e *supra*, 59 ss.

parte à sua pretensão, ou mediante aquele contrato, chamado *transacção*, com que as partes, dando, prometendo ou retendo cada uma alguma coisa, põem fim a uma lide já começada ou previnem uma lide que pode surgir» (art. 1764, do Código Civil italiano de 1865): — completando também muito explicitamente o seu raciocínio com a já aludida afirmação de que «a interposição do conciliador não altera a natureza consensual da composição que as partes voluntariamente concluem», apenas visando *facilitá-la e estimulá-la* ⁽⁵⁶⁰⁾.

Num segundo momento, e dentro da mesma linha fundamental de pensamento, CALAMANDREI assevera, que «o Estado, entendendo que prevenir e diminuir as lides possa ser uma vantagem pública, julgou oportuno favorecer a conclusão de semelhantes composições, confiando a órgãos públicos a função de se interporem entre os litigantes para os induzirem a acordo», e assumindo assim como há pouco se referiu, «uma posição muito semelhante à do *mediador*, que faz de intermediário entre as partes para tentar *aproximar as suas vontades* até as *fazer coincidir no contrato*» ⁽⁵⁶¹⁾.

Num terceiro momento, e procurando dar já uma qualificação dogmática ao instituto da conciliação no quadro geral dos fins e das actividades fundamentais do Estado, afirma que «esta função de conciliação pública das controvérsias entre particulares, que é tipicamente um caso de administração pública do direito privado, poderia ser confiada a órgãos não judiciários, e teria, então, natureza administrativa não só substancialmente mas ainda orgânicamente (como acontece nas controvérsias de trabalho, em relação às quais a tentativa de conciliação, antes que pelo juiz, deve ser feita pelas com-

⁽⁵⁶⁰⁾ CALAMANDREI, *o. c.*, 86 e *supra*, 352.

⁽⁵⁶¹⁾ *Ibidem* e *supra*, 351.

petentes associações sindicais de categoria: — artigo 430.º do Código de Processo Civil italiano; cf. *Carta do trabalho*, x)»⁽⁵⁶²⁾.

Finalmente, aludindo à distribuição da função conciliatória pelos diversos órgãos judiciais italianos operada pelo mencionado e então novo Código de 1940, e em especial à importante inovação da *extensão* da tentativa obrigatória e oficiosa da conciliação no decurso da causa aos próprios tribunais (colegiais) ordinários⁽⁵⁶³⁾, salienta que, nesta hipótese,

⁽⁵⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁶³⁾ Recorde-se, como já mais de uma vez se salientou no decurso deste ensaio (cf. *supra*, 269 nota 354 e 274 nota 362), que esta *extensão* da tentativa oficiosa de conciliação no decurso da causa, dos pretores (e, segundo alguns, dos próprios conciliadores, pelo menos a partir do Decreto de 16 de Julho de 1892, art. 9.º) aos tribunais (colegiais) — a qual já fora, aliás, proposta, como também já salientámos, pelo Senador CASTELLI durante a elaboração do Código de Processo italiano de 1865; e que ganhou também a valiosa adesão, entre outros autores, de CHIOVENDA, que a consignou no art. 63.º do seu célebre Projecto de 1919 — só veio a triunfar definitivamente em Itália 75 anos mais tarde, com a consagração no Código de Processo Civil de 1940 dos preceitos dos já citados arts. 183.º e 185.º

Deduz-se implicitamente do texto, e do que acaba de referir-se, que a aludida extensão se operou seguramente a partir do artigo 417.º do Código de 1965 (relativo aos pretores), e abrangeu, portanto, apenas os tribunais colegiais. — Veremos, porém, a seu tempo, que quanto a este ponto se suscitaram dúvidas entre os comentadores do citado Código de 1865: — sustentando alguns autores, como MATTIROLLO, CHIOVENDA e outros que o regime do art. 417.º daquele Código se applicava também directamente aos conciliadores, por força do art. 464.º daquele mesmo diploma legislativo; — inclinando-se, porém, outros a pensar (como MORTARA e MOLLA) que no âmbito do citado Código de 1865 a conciliação judicial oficiosa estava apenas consagrada em relação aos pretores (cit. art. 417): — e tanto que o legislador processual italiano sentiu a premente necessidade de resolver explicitamente a dúvida, promulgando o supracitado e conhecido Decreto de 16 de Julho de 1892, em cujo art. 9.º se pres-

«o juiz, no decurso dum processo em que desenvolve função jurisdicional, assume incidentalmente a *função não jurisdicional de pacificador*, para continuar depois, se a conciliação não resulta, a sua *função de juiz*» (564).

Ora, não pode negar-se que, em várias das afirmações que acabam de reproduzir-se, CALAMANDREI se serve de expressões e de formulações tão próximas das comumente utilizadas pelos partidários da orientação contratualista, que parece à primeira vista muito difícil, senão mesmo inteiramente improvável, que tivesse querido atribuir-lhes um sentido em parte profundamente diverso, (porventura até diametralmente contrário), do que assumem naquela referida e tradicional corrente doutrinal e histórico-positiva de orientação. — Repare-se, em particular, nos dois pontos em que alude à posição do conciliador como a de um *simples mediador* privado: — a aludida afirmação de que «a interposição do conciliador não altera a natureza consensual da composição que as partes *voluntariamente concluem* mas facilita-a e estimula-a» (565); e aquela outra já várias vezes sublinhada asserção segundo

crevia ou preceituava que o conciliador «deveria em todos os processos e antes e acima de tudo procurar a conciliação das partes, devendo fazer expressa menção dessa sua actividade nas actas da audiência». — Preceito que foi unânimemente interpretado, como consagrando a conciliação judicial oficiosa (tanto preliminar como no decurso da causa) em relação a todos os processos do próprio conciliador, incluindo os da sua própria *competência contenciosa*.

Para mais completo esclarecimento desta importante questão, no sentido de marcar com o possível rigor o pendor jurisdicionalístico da linha de evolução da doutrina e da legislação italiana pouco tempo após a promulgação do Código de 1865, vid. *supra*, 254, 256-257 e 280-281 e *infra*, fim do Cap. II.

(564) Vid. autor e obra cit., 86-87.

(565) *Ibidem*, cit. pág. 86 (esclarecendo que o sublinhado é nosso).

a qual a posição do conciliador «é muito semelhante à do mediador que faz de intermediário entre as partes para tentar aproximar as suas vontades até as fazer coincidir no contrato» (566).

E recordando e remetendo directamente para o que acima com certa largueza se disse a propósito da nossa crítica a CARRESI (567), (em face da sua quanto a nós inexacta interpretação do pensamento de CARNELUTTI) sobre o alcance com que um e outro destes autores empregam o *conceito de mediação*, parece não haver qualquer hipótese plausível de que CALAMANDREI tivesse querido utilizar aquela mesma expressão, noutro sentido que não fosse o da *simples mediação privada* (568).

Mas ocorre também e uma vez mais sublinhar, que se atentarmos nas passagens que imediatamente se seguem às acima transcritas, e que têm a maior importância na economia e em todo o esquema de ideias lógicas expostas por CALAMANDREI no cit. § 24 da obra em análise — não só porque constituem o fecho deste mesmo § 24 (dedicado, como se salientou, ao estudo e definição *expressis verbis* do conceito e da natureza jurídica da conciliação em geral) mas porque nelas CALAMANDREI pretende do mesmo passo focar e determinar directamente a posição, o significado e o alcance teórico e prático das principais inovações da consagração deste insti-

(566) Cf. *ibidem* e *supra*, 355 s. e nota 563.

(567) *Ibidem*.

(568) Vid. os caracteres específicos desta figura jurídica, postos em particular evidência por CARNELUTTI no *Sistema*, I, 173 ss. e nas outras obras acima referidas (*supra*, nota 239); e também aludidos (embora menos rigorosa e limpidamente) em FERRARA SANTAMARIA, na sua conhecida obra *La giustizia privata* (Nápoles 1937, 10 e 161).

tuto no Código de 1940⁽⁵⁶⁹⁾, perante os grandes e transcendentos princípios técnicos, ético-sociais, políticos e até ideológicos que presidiram à elaboração dessa então recente e progressiva codificação processual italiana — se atentarmos naquelas referidas passagens, repetimos, estamos fortemente persuadidos de que CALAMANDREI propendeu decididamente nesta sua obra para uma construção jurisdicionalística da conciliação judicial (e figuras afins): — muito semelhante à que em alguns dos números anteriores vimos defendida e teorizada, em plano oficial, pelo principal responsável por essa tão moderna, apurada e apreciada legislação processual dos nossos dias — o próprio Ministro que a promulgou⁽⁵⁷⁰⁾.

Assim, em estreito paralelismo de pressupostos e de deduções lógicas (e lançando por vezes mão das mesmas impressivas fórmulas utilizadas por GRANDI no seu célebre *Relatório* já acima analisado)⁽⁵⁷¹⁾, CALAMANDREI começa por acentuar «que o favor com que as mais recentes leis sobre questões de trabalho e o (então) novo Código de Processo Civil (de 1940), encaram a função conciliatória e multiplicam, fora e dentro do processo, as suas intervenções, não deve ser interpretado como *indício de escassa confiança* na justiça, nem como des-

(⁵⁶⁹) Nomeadamente, o grande empenho revelado pelo legislador quanto à sua expansão prática, traduzido quer na referida *extensão* da conciliação judicial aos conciliadores, ou (pelo menos) aos tribunais colegiais de 1.ª e 2.ª instância, quer na possibilidade da sua renovação no decurso do processo, quer, finalmente, na sua *assimilação* à arbitragem de equidade (como decorre nitidamente do cit. *Relatório* de DINO GRANDI, n.º 8, 18-19, e se referiu *supra*, 355 s.).

(⁵⁷⁰) Aludimos ao já mencionado Ministro da Justiça italiano do tempo — DINO GRANDI — citado e examinado nos números antecedentes (n.ºs 42-45, pp. 329-348).

(⁵⁷¹) Vid. *supra*, *ibidem*.

valorização da luta pelo direito, cuja utilidade social deve ser particularmente sentida em um ordenamento autoritário baseado sobre o princípio da legalidade» (572).

Acrescentando no mesmo sentido (e ferindo também aqui com vigor e insistência a nota verdadeiramente peculiar e soberana da construção jurisdicionalística de CARNELUTTI — ou seja a forte preocupação de o juiz promover sempre e apenas *uma conciliação justa*) (573) que se a conciliação «devesse servir para embotar a sensibilidade jurídica dos cidadãos, habituando-os a preferir às sentenças justas as soluções menos laboriosas de acomodatória renúncia, estaria em antítese com os fins da justiça, e não poderia como tal encontrar lugar no novo processo civil, que visa *reforçar a autoridade do juiz no estado*» (574).

Mas CALAMANDREI, denunciando e focando directamente a este mesmo propósito a existência e as razões essenciais da orientação contrária, esclarece que «noutros países a simpatia com que se encara a conciliação (outra manifestação da ten-

(572) Cf. *ibidem*, 87 (sendo o itálico nosso). — E cumprindo sublinhar que CALAMANDREI alude a este propósito à conhecida obra de IHERING, *A luta pelo direito*, tributando-a impressivamente de «fundamental e sempre actual».

Acerca da extrema importância do pensamento de IHERING na moderna modelação da conciliação judicial em sentido jurisdicionalístico, vid. também o que já se referiu *supra*, 36 nota 19 e o que se dirá *infra*, Cap. II.

(573) Vid. CARNELUTTI, *Sistema cit.*, 173 s. e *supra*, 284-291 *passim*.

(574) Vid. CALAMANDREI, *o. c.*, 87 e *infra*, pp. ss. E vid. também, e uma vez mais, uma outra impressiva síntese de ARRIGO SOLMI (na já citada *Relazione*, XIII) segundo a qual «tanto no domínio das relações sociais como no das relações jurídicas» o moderno Estado italiano quer ser um «Estado de Justiça»; — e acerca deste último autor vid. também *supra*, 14 nota 6, 37 nota 19 e 329 e nota 487.

dência que pretendia transformar todo o processo civil em jurisdição voluntária) ⁽⁵⁷⁵⁾ é fundada sobre um sentido de crescente cepticismo *contra a legalidade e contra a justiça jurídica*, tanto que se criou até uma palavra irónica para indicar a ilusão daqueles que crêem poder resolver todas as questões com uma decisão segundo o direito (*Decisionismus*); elucidando, do mesmo passo, «poder assim acontecer que o favor com que se encara a função conciliatória ande de mãos dadas com o descrédito da legalidade e seja índice de um regresso à concepção da justiça como mera pacificação social» ⁽⁵⁷⁶⁾.

Por último, (e assinalando já neste debate a marcante posição do novo direito processual italiano dentro da primeira corrente de orientação) CALAMANDREI, na esteira de GRANDI, esforça-se fundamentalmente e uma vez mais por demonstrar a articulação e perfeita *integração* do novo conceito de con-

⁽⁵⁷⁵⁾ Aqui CALAMANDREI alude, em especial, à já indicada e conhecida orientação neste sentido preconizada na Alemanha por BAUMBACH (como uma das directivas fundamentais da reforma do Processo Civil então em projecto naquele país) e que ele já a outro e mais vasto propósito (da análise do sistema a introduzir pela reforma a esse tempo iminente do processo civil italiano) em tese geral vigorosamente combatia. — Vid. neste último sentido os sugestivos escritos destes dois autores (cits. *supra*, 58 nota 41, 82 nota 71 e 153 nota 194) e, em especial, o de CALAMANDREI (publicada na *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, I, sob o já indicado título de *Abolição do processo civil?*), em que a mencionada construção de BAUMBACH é detalhadamente exposta e enèrgicamente criticada.

⁽⁵⁷⁶⁾ Vid. *idem*, *Istituzioni*, I, 87. — Sendo também de notar que já aqui aparece nítidamente formulada a *forte conexão* decorrente entre a concepção contratualista da conciliação e a visão dos fins do processo como fins de composição das lides ou de mera pacificação social, como salientámos *supra*, n.ºs 15-17, em especial pp. 184 ss. e 187, e melhor se verá no Cap. II desta Parte II do presente ensaio.

ciliação no sistema da legalidade, notavelmente robustecido pela orientação autoritária do Estado italiano do período histórico que estamos a considerar.

É o que inegavelmente decorre das impressivas, lapidares e substanciosas sínteses com que o eminente autor remata a sua brilhante exposição acerca da figura da conciliação, constantes do mencionado § 24 das *Istituzioni* em apreço. — As quais não podem deixar de transcrever-se integralmente, senão pelo inexcusável significado que revestem para a rigorosa interpretação da tese jurisdicionalística da conciliação no moderno direito italiano, pelo menos, e muito particularmente, pelas novas e relevantíssimas perspectivas que oferecem para a captação, caracterização e rigorosa recondução do sentido verdadeiramente transcendente dessa orientação (jurisdicionalística) aos quadros e esquemas fundamentais de alguns dos mais altos princípios e ideais ético-sociais e jurídico-políticos do Direito e da Justiça do nosso tempo⁽⁵⁷⁷⁾.

Ora, CALAMANDREI procurando sublinhar e superar a forte antinomia aparentemente existente entre o sentido publicístico (e autoritário) da actual legislação italiana e a apontada e tradicional concepção do favor pela função conciliatória como sintoma de «descrédito na legalidade» e «índice de um retrocesso à ultrapassada concepção da justiça e do processo como mera pacificação social»⁽⁵⁷⁸⁾ refere, por um lado, que «na ordem jurídica italiana a conciliação quer ser pelo contrário um útil complemento da legalidade»⁽⁵⁷⁹⁾, enquanto que

⁽⁵⁷⁷⁾ Que já procurámos pôr em foco neste ensaio, nalguns passos essenciais da Parte I (cf. *supra*, nomeadamente os n.ºs 18 a 22, e em especial 18 a 20).

⁽⁵⁷⁸⁾ Vid. autor e *o. c.*, 87 e *supra*, 360-361.

⁽⁵⁷⁹⁾ *Ibidem*.

a obra do autorizado intermediário deve servir para eliminar entre as partes aqueles mal-entendidos e aqueles atritos que são frequentes vezes a única causa do litígio⁽⁵⁸⁰⁾, e para estimular entre elas o sentido da solidariedade humana, a fim de as induzir a encontrarem por si a *justa solução* do conflito em que estão envolvidas antes de recorrerem à obra do juiz, que deve ser *exclusivamente reservada* para aqueles casos em que haja verdadeiramente entre as partes um dissídio não resolúvel com a recíproca compreensão e boa-vontade»⁽⁵⁸¹⁾; para concluir, por outro lado, que «aflora ainda aqui o conceito fundamental do *sistema da legalidade*, segundo o qual o Estado considera como *normal e desejável* que os próprios cidadãos *saibam entender por si o direito* que regula as suas relações: devendo, portanto, a função conciliatória ajudar os particulares *não a renunciarem* ao direito mas a *encontrarem por si o próprio direito*»⁽⁵⁸²⁾.

E é da clara consciência da possibilidade lógico-conceitual e histórico-positiva deste frisante contraste de significações que a conciliação pode revestir (bem vincadas, aliás, como vimos e melhor veremos de seguida, na vibrante exposição de CALAMANDREI), que ressalta a plena luz a natureza essencialmente *contratualista e dispositiva* da primeira corrente e *marcadamente jurisdicionalística* da segunda.

Ora em boa verdade tal contraste não podia ser mais vigorosa e insistentemente sublinhado do que CALAMANDREI o procurou e logrou fazer nas três escassas páginas do já referido § 24 das suas excelentes *Istituzioni*: — não só referindo-se-lhe explicitamente, repetidas vezes e sob variados

⁽⁵⁸⁰⁾ *Ibidem.*

⁽⁵⁸¹⁾ *Ibidem* (sendo todos os sublinhados nossos).

⁽⁵⁸²⁾ *Ibidem.*

ângulos, quer no texto quer em nota⁽⁵⁸³⁾ (para dar toda a preferência à solução do pendor jurisdicionalístico, como a única que se harmoniza com os *fins superiores da justiça* e o respeito pelo *princípio da legalidade*, indubitavelmente consagrados pelos Estados modernos)⁽⁵⁸⁴⁾ — como ainda sublinhando a solução contrária com fórmulas que envolvem o seu *franco repúdio*, numa quase demonstração *ad absurdum*.

É o que quanto a nós claramente decorre de duas impressionantes ordens de razões: — em primeiro lugar, da afirmação de que a concepção da conciliação que envolve o descrédito do princípio da legalidade constitui «índice de um retrocesso» à superada concepção da justiça «como mera pacificação social»⁽⁵⁸⁵⁾, em conjugação com aquela outra transcrição do *Relatório Grandi*, segundo a qual o sistema contrário (da *formulação judiciária* do direito ou da *justiça do caso concreto*) significaria um «retrocesso de milénios», por se «voltar à justiça patriarcal do caso particular»⁽⁵⁸⁶⁾; — e, em segundo lugar, de apontar e reproduzir como exemplo típico e notável expressão ou ilustração (embora algo caricatural) da concepção que traduz a tradicional desconfiança na justiça, uma anedota jurídica de acentuado sabor satírico, à luz da qual (e em

⁽⁵⁸³⁾ Esta possibilidade lógico-dogmática é de facto exuberantemente documentada pelo próprio CALAMANDREI nas suas alusões a certas manifestações legislativas da Alemanha nacional-socialista, teorizadas pela doutrina do tempo, e que conduziram no plano processual à mencionada tendência (referida na p. 87 das *Istituzioni*) para converter todo o processo civil em jurisdição voluntária. — Recorde-se que um dos principais fautores desta orientação foi BAUMBACH, que CALAMANDREI, no seu escrito *Abolição do processo civil?*, argutamente refutou (vid. *supra*, 58 nota 41, 82 nota 71, 153 nota 194 e 360 nota 575).

⁽⁵⁸⁴⁾ Vid. CALAMANDREI, *o. c.*, 87.

⁽⁵⁸⁵⁾ Vid. *ibidem*.

⁽⁵⁸⁶⁾ GRANDI, *Relazione cit.*, n.º 8, p. 18.

consonância com o velho e já referido provérbio italiano do século XVI «mais vale uma transacção magra que uma sentença gorda») (⁵⁸⁷), o elogio da transacção constitui e representa por vezes uma evidente e clamorosa *denegação de justiça*. — Trata-se da pitoresca história atribuída a um jurista italiano (LORENZO MAGALLOTTI) e textualmente reproduzida por CALAMANDREI na referida nota 2 da página 87, história essa do seguinte teor:

«A tendência para exaltar as transacções, como meio para definir as lides, mais cómodo e mais económico do que as sentenças, é antiga — diz CALAMANDREI; mas esta tendência — acrescenta — se, por um lado, é inspirada no sentimento de humanidade cristã, constitui bastantes vezes índice de desconfiança no direito e na justiça».

«Notável expressão desta tradicional desconfiança — prosegue CALAMANDREI — é a seguinte anedota contada por LORENZO MAGALLOTTI:

«É famosa em Itália uma narrativa, que talvez represente um verdadeiro achado para formar uma espécie de sátira contra as intranquilidades e as concussões do foro civil».

— «Diz-se que havia um grande jurisconsulto — relata CALAMANDREI — que tendo ouvido contar grandes coisas de um outro seu colega, que vivia noutra cidade, se pôs a caminho para ir visitá-lo e verificar se a presença lhe acrescia ou diminuía a fama. Uma vez chegado — acrescenta — desmonta do cavalo e dirige-se rapidamente a casa do segundo, dizendo-lhe: — «eu, senhor, vim aqui para apresentar uma pretensão que tenho contra si, e a pretensão é esta: — que todos estes

(⁵⁸⁷) Cf. *supra*, 36 nota 19, e 67 nota 58, e os correspondentes e já citados brocardos correntes em França, na Espanha e no nosso próprio país.

móveis que o senhor tem em sua casa são meus. — Ao que o outro, muito embora se recordasse perfeitamente de os ter comprado com o seu próprio dinheiro, respondeu: — Oh, obrigado senhor, veja se em vez de litigarmos não seria melhor chegarmos a qualquer composição; eu pela minha parte acolhê-la-ia de todo o coração. — Não é preciso mais, responde o forasteiro, pois acabo de verificar que o senhor é aquele notabilíssimo homem que o mundo aclama» (588).

47. Ora se, antes mesmo de entrarmos na análise mais pormenorizada que a natureza e importância dos princípios que se deixam referidos requer, procurarmos estabelecer, embora em rápido bosquejo, o confronto entre os passos fundamentais das *Istituzioni* de CALAMANDREI (que acabam de reproduzir-se e sublinhar-se), e as largas transcrições da *Relazione* de GRANDI respigadas e comentadas nos números antecedentes (589), não pode deixar de se concluir pela flagrante e essencial identidade de pontos de vista e de fundamentações lógico-dogmáticas adoptadas por ambos estes eminentes autores em relação ao problema em análise (590).

Havendo até alguns detalhes, um tanto ambíguos ou incompletos no contexto e no pensamento informador daquele notável *Relatório*, que parecem esclarecer-se agora cabalmente, através da límpida exposição de CALAMANDREI que em larga medida se lhe reporta: — como sucede, segundo cremos, pelo menos em parte, com o já referido e aliás bem sugestivo con-

(588) Recorde-se que esta mesma anedota é também reproduzida por ALBERTO DOS REIS no seu já citado estudo *O novo Código de Processo Civil Português*, Coimbra 1945, 26 s.

(589) Vid. *supra*, n.ºs 42-45, pp. 329-348.

(590) Cf. *supra*, *ibidem*, e *Istituzioni* cit., § 9, pp. 27-31 e §§ 24 e 25, em especial, pp. 91-93.

ceito de «estéril litigiosidade»⁽⁵⁹¹⁾ — que a conciliação no fundo visa eliminar.

Mas nota-se em todo o caso, à primeira vista, uma relevante diferença:

Enquanto que GRANDI faz girar, como vimos, toda a sua demonstração do pendor jurisdicionalístico da conciliação em torno do conceito de *legalidade*, em conjugação com as novas e múltiplas concretizações legislativas do conceito de *equidade* — chegando assim à *equiparação* entre a conciliação judicial oficiosa do moderno direito italiano (citado art. 185.º do Código de Processo de 1940) e a *arbitragem de equidade* cometida aos próprios juízes ordinários (também citados arts. 113.º e 114.º do mesmo Código) — todavia CALAMANDREI, a despeito das brilhantes e muito sugestivas sínteses que se deixaram assinadas (e que vincam com inexcelsável nitidez a *integração* da conciliação moderna naquele primeiro conceito de *legalidade*) não produz nas passagens até aqui analisadas qualquer consideração da qual, de perto ou de longe, venha a ressaltar a referida estruturação e recondução da conciliação à *arbitragem de equidade*.

No entanto, a razão desta aparente discrepância entre o teor do n.º 8 da *Relazione* de GRANDI e o cit. § 24 das *Istituzioni* do autor em apreço, já foi por nós antecipada e implícitamente aludida: — e resulta, em nossa opinião, tão-só das diferentes amplitudes do objecto ou esquema de ideias versadas no mencionado n.º 8 daquela notável «exposição de motivos» do Código de 1940, sob o amplo título — *Il giudice e la legge*⁽⁵⁹²⁾ —

(591) Vid. GRANDI, *Relazione* cit., n.º 8, p. 19, e *supra*, locs. cit. na nota 389, em especial pp. 339, 343 s. e nota 533.

(592) Vid. *Relazione* cit., II, n.º 8, 17 ss. e *supra*, locs. cit. nas notas imediatamente antecedentes.

(que envolve, natural e especificamente, o problema da conciliação no plano essencialmente *normativo*, em conjugação, portanto, com o problema da *equidade*); — e o âmbito do § 24 das *Istituzioni*, em que CALAMANDREI visa apenas, directa e autónomamente, focar o instituto da conciliação, como do seu próprio título — *La conciliazione* — expressamente resulta ⁽⁵⁹³⁾.

Sucedo, porém, como de começo se salientou ⁽⁵⁹⁴⁾ que no já citado § 25 desta última obra, e sob o também já indicado título — *Potere creativo del giudice* —, CALAMANDREI defronta *ex professo* o problema da posição do novo Código de Processo italiano, e designadamente dos *poderes do juiz na conciliação*, perante o *conceito de equidade*: — não restando a mais ligeira dúvida de que, também neste ponto, o eminente autor navega nas mesmíssimas águas do *Relatório Grandi*. É o que claramente se deduz, entre outras, de três circunstâncias fundamentais que importa assinalar e de que passaremos a conhecer em pormenor.

— Em primeiro lugar, a identidade de pensamento entre CALAMANDREI e GRANDI quanto ao ponto em exame, ressalta da marcada tendência daquele primeiro autor para delimitar *restritivamente* a esfera de aplicação das chamadas *jurisdições de equidade* e dos *poderes equitativos* do juiz, em geral, em obediência à propensão do moderno Estado italiano *para reforçar o sistema da legalidade*, apoiando-se, aliás, em várias ordens de considerações, praticamente coincidentes com as invocadas por GRANDI, e em parte já acima reproduzidas ⁽⁵⁹⁵⁾. — E repare-se, nomeadamente, a este mesmo propósito na flagrante analogia dos passos acima transcritos com estes

⁽⁵⁹³⁾ Cf. *Istituzioni* cit., 85-88.

⁽⁵⁹⁴⁾ Vid. *supra*, 329-332, e 352 ss.

⁽⁵⁹⁵⁾ Cf. *supra*, *ibidem*, e 333-339.

outros de CALAMANDREI que passamos a reproduzir na íntegra:

«Esta elevação da equidade (e, nestes casos, poder-se-ia dizer da política) a fonte imediata do direito — refere CALAMANDREI — é característica, como já se referiu, dos períodos de crise da legalidade, quando as leis codificadas já não estão adequadas às novas exigências sociais, e o direito novo não está ainda maduro para uma nova codificação⁽⁵⁹⁶⁾; e tal foi exactamente a razão pela qual ainda em Itália, naquele período de crise social que imediatamente se seguiu à primeira Grande Guerra, foram instituídos numerosos órgãos judiciais especiais, encarregados de decidir segundo a equidade aquelas categorias de relações económicas nas quais a inadequação do velho direito mais se fazia sentir»⁽⁵⁹⁷⁾.

«Mas hoje — observa o mencionado e eminente autor — em que está para realizar-se a nova codificação que quer ser a afirmação de uma nova legalidade adequada às exigências históricas dos novos tempos⁽⁵⁹⁸⁾, destas *jurisdições de equidade*, entendidas como transitórias fendas abertas no ordenamento jurídico para permitir às novas correntes políticas aflorarem e transformarem-se em direito, já não há necessi-

⁽⁵⁹⁶⁾ Vid. *Istituzioni* cit., § 25, 91.

⁽⁵⁹⁷⁾ *Ibidem*. Sendo de notar que a propósito da análise da significação e importância deste fenómeno das chamadas «jurisdições de equidade», no período imediatamente posterior à primeira Grande Guerra, CALAMANDREI remete para o vol. II dos seus *Studi* (p. 1 ss.); ou mais exactamente, para o seu excelente escrito *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (pp. 1-55), também reproduzido em castelhano na ed. argentina do eminente autor, intitulada *Estudios sobre el proceso civil*, (Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1945, trad. de SANTIAGO SENTIS MELENDO, pp. 53-104).

⁽⁵⁹⁸⁾ *Ibidem*.

dade: e nota-se de facto uma tendência geral para diminuir o número das jurisdições especiais e reforçar em todos os campos o sistema da legalidade» (599).

E CALAMANDREI acrescenta ainda a este mesmo propósito, vincando a mesma linha de pensamento, que «com esta tendência não estão em contraste as disposições do novo Código de Processo Civil», segundo as quais, «depois de este ter afirmado a *regra*» de que «ao decidir sobre a causa o juiz deve seguir as normas do direito», sublinha a excepção «de que a lei lhe atribui o poder de decidir *segundo a equidade* (art. 113)» (600); «e estabelece depois» (como também já sublinhámos) «que (independentemente dos casos especiais previstos em outras leis) o conciliador decide *segundo a equidade* as causas cujo valor não excede seiscentas liras» (cit. art. 113 do mesmo citado Código, designadamente na al. II) (601); e que «o juiz de mérito decide *segundo a equidade* as causas relativas a direitos disponíveis, se as partes de comum acordo lho solicitam» (art. 114 do mesmo citado Código).

E é em conclusão e plena corroboração das considerações que precedem que CALAMANDREI afirma, nos termos já atrás enunciados, que nestes casos «a atribuição de poderes equitativos ao juiz não significa renúncia do legislador à sua função

(599) Neste ponto e a este mesmo respeito o autor em referência cita também (a p. 91, nota 2) um *Discurso* pronunciado pelo Ministro GRANDI em 31 de Janeiro de 1940; e não há, efectivamente, quem não veja a flagrante semelhança de ideias, e até de fundamentações existente entre os passos de CALAMANDREI que se deixam transcritos e as passagens desse aludido *Discurso*, por aquele autor parafraseadas, bem como do supramencionado *Relatório* (ambos do Ministro GRANDI) também por nós parcialmente reproduzidas *supra*, n.ºs 43-45, pp. 334-348.

(600) Vid. *Istituzioni* cit., 91.

(601) *Ibidem*, 91-92.

de regular antecipadamente certas categorias de relações e portanto abolição da legalidade para lhe substituir a justiça do caso concreto» (602).

Mas, a assinalada coincidência de pontos de vista entre CALAMANDREI e o *Relatório Grandi* sob o importante aspecto ora em exame, deduz-se também, em segundo lugar, do bem significativo teor da nota 1 da p. 92 da obra em apreço (as citadas *Istituzioni*), do qual ressalta que CALAMANDREI não só reconhece que «oportunamente, no *Relatório Grandi* (n.º 8) os poderes equitativos que são atribuídos ao juiz pelos citados artigos 113 e 114 (do Código de 1940) foram aproximados da conciliação», como, por outro lado, faz a transcrição literal e integral das extensas passagens do referido *Relatório* em que o mencionado GRANDI justifica amplamente aquela aproximação (603).

Por último, e como fecho das amplas e judiciosas considerações produzidas no mencionado § 25, e depois de salientar que «a decisão que o juiz pronuncia no exercício destes poderes (equitativos) é sem dúvida uma providência jurisdicional tipicamente dispositiva» (604), conclui a sua sugestiva exposição com a peremptória e culminante afirmação de que «a função do juiz tem aqui *muitos pontos de contacto* ainda com a função do conciliador, seja porque pressupõe o acordo das partes em solicitar a decisão de equidade, seja porque *deve inspirar-se* naqueles *sentimentos de compreensão humana*

(602) *Ibidem*, 92.

(603) Trata-se das frisantes considerações aduzidas por GRANDI, no sentido indicado por CALAMANDREI, a pp. 18 e 19 do referido *Relatório*; e já também por nós aludidas e parafraseadas (cf. *supra*, cits. n.ºs 43-45, pp. 334-348) e que CALAMANDREI reproduz na p. 30 e na nota 1 da p. 92 da 1.ª ed. (Pádua 1941) das suas excelentes *Istituzioni*.

(604) CALAMANDREI, *o. c.*, 93.

e de *solidariedade social* sobre os quais a *própria conciliação se apoia*» (605).

48. Postas assim em evidência a fundamental identidade de soluções e de fundamentações de inequívoco pendor jurisdicionalístico entre o *Relatório Grandi* e o pensamento de CALAMANDREI expresso na obra em análise, e dada a extraordinária, já assinalada e bem compreensível importância e significação desta *coincidência de opiniões* para a interpretação do vigente direito processual italiano (visto tratar-se, por um lado, do próprio legislador processual de 1940 e, por outro, de um dos seus mais directos, eminentes e operosos colaboradores) (606), quase pareceria desnecessário prosseguir na apreciação crítica do pensamento deste último e eminente autor, tão nítidas e concludentes se nos revelam, no sentido indicado, as principais passagens acima reproduzidas e comentadas.

Cremos, todavia, valer ainda a pena chamar de novo e uma vez mais a atenção, embora em muito ligeiros traços, para dois ou três pontos dos mais destacados da exposição que antecede, a fim de melhor se compreender e acentuar, não só a significação e alcance, a vários títulos transcenden-

(605) Cf. *ibidem* (sendo nossos os sublinhados).

(606) Recorde-se, com efeito (e uma vez mais) como decorre do já várias vezes citado *Discurso ao Senado* do Ministro DINO GRANDI de 10 de Maio de 1940 (vid. *supra*, 86 nota 74, 199 nota 249, 204 nota 256 e 246 nota 323) que CALAMANDREI, juntamente com CARNELUTTI, REDENTI e CONFORTI, fez parte da restrita Comissão legislativa que sob a presidência daquele referido Ministro elaborou o *Projecto definitivo* do Código de 1940, e da mais ampla Comissão ministerial que procedeu à revisão final do aludido Projecto; tendo-lhe GRANDI, no mencionado discurso, como já oportunamente salientámos, feito referências altamente lisonjeiras. Cf. *Discurso cit.*, xxv e *supra*, 347-348 e nota 541.

tes, do instituto da conciliação dentro do esquema desta moderna corrente de orientação, como ainda o relevo e acerto de algumas das sínteses e fórmulas mais originais e impressionantes, diremos mesmo verdadeiramente lapidares e culminantes, através das quais CALAMANDREI lhe procurou dar expressão.

Começaremos a este propósito, e em primeiro lugar, por acentuar, como de início e acima ⁽⁶⁰⁷⁾ já se insinuou, ser indubitável que a demonstração da tese de CALAMANDREI decorre em dois momentos distintos, embora estreitamente correlacionados:

Num primeiro momento e primordialmente, visando mostrar a plena *compatibilidade* lógico-conceitual e dogmática e a conseqüente *integração* do instituto da conciliação no duplo princípio do respeito pelo *sistema da legalidade* e da valorização da *justiça jurídica* (ou função jurisdicional) como função primordial do Estado moderno ⁽⁶⁰⁸⁾.

Num segundo momento, tendendo por sua vez a demonstrar a medida em que, mesmo abstraindo das referidas compatibilidade e integração, a conciliação se pode porventura considerar uma justificada exceção àquele duplo princípio, constituindo, portanto, legítima expressão de um construtivo e transcendente sentido de aperfeiçoamento do direito e da justiça pelo recurso à *ideia de equidade* ⁽⁶⁰⁹⁾.

E ocorre por sua vez (e por outro lado), também sublinhar que aquela primeira demonstração gira toda ela à volta do já apontado e conhecido binómio ou contraposição entre a *tese da confiança* ou da valorização dos dois referidos princípios (da legalidade e da justiça estadual ou jurídica) ⁽⁶¹⁰⁾

⁽⁶⁰⁷⁾ Vid. *supra*, n.º 46, pp. 349-357 e 358-364.

⁽⁶⁰⁸⁾ Vid. *o. c.*, 87 s. e *supra*, 359, 360-361 e 362.

⁽⁶⁰⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁶¹⁰⁾ *Ibidem*, e *supra*, 32 ss. e notas 15-17 e 53 ss. e notas 39 e 41.

e a *tese do descrédito* numa e noutra ⁽⁶¹¹⁾, com a conseqüente e decisiva preferência neste último caso pelos contrapostos sistemas da formulação judiciária do direito e da justiça como mera pacificação social.

E que como também já acima salientámos, CALAMANDREI, focando aberta e insistentemente este binómio (como claramente decorre das amplas transcrições acima feitas do segundo parágrafo da p. 87) ⁽⁶¹²⁾, reconduz a conciliação ao indicado primeiro termo do mesmo binómio com o já aludido e duplo fundamento de que a «utilidade social» (da justiça e da luta pelo direito) «deve ser particularmente sentida num ordenamento autoritário baseado sobre o *princípio da legalidade*» ⁽⁶¹³⁾; e de que, por outro lado, se a conciliação como já acentuámos ⁽⁶¹⁴⁾ «devesse servir para embotar a sensibilidade jurídica dos cidadãos, habituando-os a preferir às sentenças justas as soluções menos laboriosas de acomodatória renúncia, estaria em antítese com os fins da justiça e não poderia encontrar lugar no novo processo civil, que visa *reforçar a autoridade do juiz no Estado*» ⁽⁶¹⁵⁾: — tudo em estreita correlação com a mais alta expressão deste mesmo princípio da autoridade do Estado na função legislativa — ou seja o *princípio da legalidade*.

Ora, compaginando estas várias ordens de asserções e de deduções de CALAMANDREI com as mais amplas considerações por ele produzidas nos §§ 8 e 9 da sua referida obra, sob os títulos: — *Giurisdizione e formulazione del diritto e Giurisdizione*

⁽⁶¹¹⁾ *Ibidem e supra*, 34 ss. e notas 19-20 e 47 ss. e nota 30.

⁽⁶¹²⁾ Vid. também ALLORIO nas já citadas *Osservazioni*, II, 170.

⁽⁶¹³⁾ Vid. *Istituzioni cit.*, 87.

⁽⁶¹⁴⁾ Cf. *ibidem e supra*, 359 e 360 e notas 572 e 574.

⁽⁶¹⁵⁾ Vid. *ibidem*, 87 ss. (sendo os sublinhados nossos).

zione di equità e giurisdizione di diritto: il principio di legalità, respectivamente ⁽⁶¹⁶⁾ — (em que este autor foca directamente, e em tese geral, o importante e duplo problema dos modos de formulação do direito em conjugação com os sistemas de administração da justiça, sobretudo em relação aos estados modernos) — verifica-se que este mesmo eminente autor fundamenta a sua decidida preferência quer pelo *sistema da legalidade*, quer pelo *sistema da justiça jurídica*, no princípio geral de índole essencialmente político-jurídica do reforço do conceito de autoridade no Estado moderno. — Princípio este que todavia encobre (nas suas próprias e impressivas palavras) uma verdadeira *repartição de trabalho* entre o *legislador* e o *juiz* (entre *política* e *justiça*) ⁽⁶¹⁷⁾ e uma consequente *subordinação da função judiciária à função legislativa* ⁽⁶¹⁸⁾. — Sendo igualmente de sublinhar que esta subordinação se opera no pensamento do mesmo autor, dentro dum esquema de *estreita cooperação* (e até de *integração*) da maior importância prática entre as duas funções: — dado que, se os particulares não estão dispostos a observarem voluntariamente as normas jurídicas emanadas pelo legislador, então o Estado, para se fazer obedecer impondo a sua autoridade, tem de desenvolver uma ulterior actividade, que consiste em transformar o comando *genérico e abstracto* da norma legal, em comando *individual e concreto*, através da sentença judicial; — transformando assim, do mesmo passo, a simples *ameaça* de repressão ou de sanção coercitiva em *coacção* concreta e efectiva ⁽⁶¹⁹⁾.

Por isso se pode e deve considerar, e bem, com CALAMAN-

⁽⁶¹⁶⁾ *Ibidem*, 24 e 27 ss.

⁽⁶¹⁷⁾ *Ibidem*, 28.

⁽⁶¹⁸⁾ *Ibidem*, 29.

⁽⁶¹⁹⁾ Vid. *o. c.*, 26 e 35 e a nossa já citada *Atendibilidade de factos não alegados*, 65 ss.

DREI, a função jurisdicional do Estado como um rigoroso *complemento* da actividade legislativa; aparecendo, portanto, aquela primeira e importante função estadual (a jurisdição) como o «necessário prosseguimento da legislação, como o indispensável complemento prático do sistema da legalidade» (620).

E uma vez assentes estas premissas, quais coordenadas fundamentais do pensamento de CALAMANDREI (e do comum dos processualistas modernos) expressas nas *Istituzioni*, em relação ao tema em exame, facilmente se deixa ver que quando este autor, como remate do já apontado § 24 dedicado à *Conciliação*, fala deste instituto como de «um útil complemento da legalidade» (621), não pode deixar de querer insinuar e sublinhar (pelo menos em princípio e em termos gerais) o *forte paralelismo* existente entre a *função essencial* deste instituto e a *função jurisdicional*: — no sentido acima mencionado de esta última função ter a finalidade *específica e fundamental* de procurar assegurar a *observância da lei* por parte dos destinatários das normas jurídicas (622).

E é o que também parece inequivocamente decorrer da já transcrita fórmula final deste mesmo § 24, segundo a qual a função conciliatória deve ajudar os particulares *não a abdi-*

(620) *Ibidem*, 35.

(621) *Ibidem*, 87 e *supra*, 362.

(622) Cf. neste mesmo sentido o já citado passo de CARRESI (de p. 109, nota 1) da sua também cit. *La Transazione*: — segundo o qual «quando a *res* é verdadeiramente *dubia*, isto é, as partes litigam de perfeita boa fé (...), transigir, ou seja, compor amigavelmente a lide, não é só cumprir um preceito da Igreja (...), mas é agir como pessoas sábias: — evitam-se de facto as demoras e as despesas dos processos e, especialmente se se prevalecem da ajuda de patronos honestos e competentes, atingem-se soluções mais equitativas e ainda mais estáveis do que as que se poderiam obter pelas vias judiciais».

carem ou postergarem o direito mas *a encontrarem por si o próprio direito* ⁽⁶²³⁾.

Daí que, em face destas duas importantes e significativas sínteses, a atribuição de natureza e alcance jurisdicionalístico à função conciliatória moderna no pensamento de CALAMANDREI nos pareça não oferecer a mais ligeira dúvida.

49. Mas afigura-se-nos, no entanto, não se poder também duvidar de que (a despeito do que acaba de referir-se) não há para CALAMANDREI uma plena e absoluta identidade entre as duas assinaladas funções do conciliador e do juiz. E que é, precisamente, dos passos em análise que sobressaem, com suficiente clareza e impressividade, os elementos ou factores essenciais de delimitação que marcam com nitidez as diferenças fundamentais entre uma e outra funções.

Assim, enquanto que a função jurisdicional do Estado *completa* o princípio da legalidade actuando *em dois momentos* distintos: — isto é, pela *definição do alcance* das normas legais em relação a uma dada situação concreta (fim específico do chamado processo declarativo) ⁽⁶²⁴⁾ e pela *imposição coercitiva* da sua observância ⁽⁶²⁵⁾ (fim peculiar do processo executivo), de tal sorte que se pode em rigor dizer que a sentença judicial *converte* os comandos jurídicos de gerais e abstractos em *comandos individuais e concretos* e as sanções legais de *meramente potenciais* em sanções *efectivas*; — a actividade conciliatória, por seu turno, (vista do lado da função oficial do juiz como conciliador), confina-se ao primeiro dos indicados momentos: — à *mera definição do conteúdo* das

⁽⁶²³⁾ CALAMANDREI, *o. c.*, 88 e *supra*, 363.

⁽⁶²⁴⁾ *Cid. supra*, 60 nota 47 e 63.

⁽⁶²⁵⁾ *Vid. o. c.*, 34.

normas legais (embora encaradas sob o prisma da *equidade*) em relação ao caso concreto ocorrente —, tentando apenas, *não impor* mas *persuadir* as partes à sua observância voluntária.

Assim, e correspondentemente, se podendo tão-só dizer que a conciliação *completa* o sistema da legalidade — convertendo *não o comando jurídico* (normativo-coercitivo), mas a sua *simples formulação* ou *enunciação*, de geral e abstracta em *formulação particularizada e concreta*.

E é esta, sem dúvida, em nossa opinião, a *nota peculiar* que mais avulta das duas ordens de asserções com que CALAMANDREI, nos importantes e sugestivos passos últimamente transcritos ⁽⁶²⁶⁾, pretende definir o alcance da conciliação como *útil complemento da legalidade*:

— Quer inculcando explicitamente, em primeiro lugar, que um tal «*complemento*» reside em o «autorizado intermediário (o conciliador) dever eliminar entre as partes aqueles *mal-entendidos* e aqueles *atritos* que são muitas vezes a única causa do litígio» ⁽⁶²⁷⁾; e dever igualmente estimular entre elas «o *sentimento de solidariedade humana*, para as induzir a encontrarem *por si a justa solução do conflito*, antes de recorrerem à obra do juiz que (segundo CALAMANDREI) deve ser

⁽⁶²⁶⁾ Da p. 88 da obra em referência. — Cf. também *infra*, 384.

⁽⁶²⁷⁾ *Ibidem*, 88. Trata-se, como já frisámos (343 ss. nota 533) de uma situação muito próxima da que GRANDI e REDENTI definiram aludindo à «estéril litigiosidade» e à «desobstrução do campo dos vãos litígios»; e à qual também se referiram BOURBEAU falando de «causas fúteis» (*o. c.*, 10 e *ibidem*) e o nosso deputado liberal JOSÉ PEIXOTO DE SARMENTO QUEIRÓS que também impressivamente a designou por «processos absolutamente inúteis para um e outro dos litigantes...» que «em substância nada contêm...» e em que o «libello he inconcludente, inepto e absurdo...» (cf. já cit. *Diário das Cortes*, vol. v, 122, 1.ª col., e *supra*, 346 cit. nota 533).

exclusivamente reservada (como também já salientámos) ⁽⁶²⁸⁾ aos casos em que haja verdadeiramente entre as partes um dissídio não resolúvel com a sua recíproca compreensão e boa vontade» ⁽⁶²⁹⁾.

— Quer asseverando da mesma sorte, em segundo lugar, que «aflora também aqui o conceito fundamental do sistema da legalidade, segundo o qual o Estado considera como *normal e desejável* que os próprios cidadãos *saibam entender por si o direito* que regula as suas relações» ⁽⁶³⁰⁾, devendo a função conciliatória, como mais de uma vez se frisou, «ajudar os particulares, *não a abdicarem do direito*, mas a *encontrarem por si o próprio direito*».

Ora verifica-se, incontestavelmente, naquela primeira ordem de considerações uma *nítida alusão* ao facto de o conciliador dever, em princípio, *esforçar-se* por promover a *observância espontânea* da lei — através de uma actividade de *clarificação* do sentido das normas aplicáveis às relações controvertidas ⁽⁶³¹⁾: — posto que as duas impressivas fórmulas — «*eliminar os mal-entendidos e os atritos* que são muitas vezes a *única causa* do litígio» e «*induzir* as partes a *encontrarem por si a justa solução* do conflito» — envolvem proposições que não deixam por si mesmas qualquer margem de dúvida sobre o alcance assinalado à função do juiz como conciliador, no sentido de dever começar por *indicar* às partes os seus

⁽⁶²⁸⁾ Vid. *supra*, 363 e 376.

⁽⁶²⁹⁾ *Ibidem*, 88.

⁽⁶³⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³¹⁾ Cf. expressamente neste sentido e uma vez mais, ROSENBERG, *Lehrbuch* e tradução citada, § 58, III, 6, 180 e 356, SCHÖNKE, *o. c.*, 297 e também ZANZUCCHI, cit. *Osservazioni e proposte*, II, 170 e sobretudo KRETSCHMAR, *o. c.*, 214. E vid. também *supra*, 41 nota 26, 53 ss. nota 39, 60 nota 47, 173 ss. nota 213 e 182 e notas 221 e 222.

respectivos direitos, e de se esforçar depois por as induzir à sua *observância voluntária*, quer pelo estímulo dos seus «sentimentos de solidariedade», da «sua recíproca compreensão e boa vontade», quer pelo efeito psicológico da própria eliminação dos «atritos» e «mal-entendidos» entre elas ocorrentes, que naturalmente as predispõem a tomarem uma atitude *franca e leal* que as impele ao cumprimento espontâneo (ou pelo menos *voluntário*) do direito ⁽⁶³²⁾.

Mas não menos nítidas nem menos impressivas e transcendententes se apresentam nesta mesma linha de orientação as considerações e fórmulas reproduzidas em segundo lugar. — Dado que nelas é absolutamente patente a alusão a um dos méritos mais destacados pela doutrina em geral, e por CALAMANDREI em particular, do *sistema da legalidade*: — o poderem as partes conhecer e entender por si mesmas *antecipadamente*, através da formulação geral e abstracta dos comandos jurídicos, qual o direito que regula as suas relações, a fim de o poderem observar *espontâneamente*.

Sendo a este propósito também e ainda de salientar que, residindo a função do conciliador em ajudar as partes não a abdicarem do direito mas a encontrarem por si o próprio direito, tal função inculca e pressupõe não só a referida *clari-ficação* do conteúdo e alcance das normas jurídicas aplicáveis

(⁶³²) Como veremos mais adiante, cremos ser efectivamente neste sentido e com este alcance que CALAMANDREI de certo modo completa o conceito de «estéril litigiosidade» que, segundo GRANDI, a conciliação deve eliminar; — o qual por sua vez está em íntima conexão com o também já referido sentido da fórmula «desobstruir o campo dos vãos litígios» de que também nos fala, como vimos, REDENTI (*o. c.*, 62): ou seja (segundo outra fórmula do mesmo autor) dos «litígios promovidos ou sustentados sem base séria ou contra a boa fé» (cf. *supra*, 343 ss. e nota 533, e 378 e nota 627).

ao caso litigioso, como até a *motivação* ⁽⁶³³⁾ das bases concretas do acordo em cuja realização e elaboração o conciliador *deve* activa e empenhadamente *cooperar*.

Aflora efectivamente neste passo — como sublinha CALAMANDREI — um dos traços mais relevantes e transcendentos do princípio ou sistema da legalidade: — a alta e desejável função *pedagógica* que (no plano moral e cívico) a formulação *antecipada* ou pré-anúncio do conteúdo das normas jurídicas pode só por si desempenhar, como elemento de primordial interesse para o rigoroso conhecimento e espontânea observância do direito objectivo. — Função esta que assume, aliás, no campo da conciliação o mais destacado interesse e transcendência, pelas várias ordens de factores (sobretudo morais, sociais, psicológicos e até políticos e religiosos) ⁽⁶³⁴⁾, já a outros propósitos mencionados ⁽⁶³⁵⁾, que inegavelmente concorrem na recomendação e exaltação da observância espontânea e voluntária das normas jurídicas: — ou seja, na realização prática do

⁽⁶³²⁾ Cf. a este propósito CARRESI (*o. c.*, 112, nota 2) que fala explicitamente numa tendência doutrinal e jurisprudencial recente para *motivar* as próprias transacções e conciliações.

⁽⁶³⁴⁾ Ver que CALAMANDREI, na já citada nota 2 da p. 87 da obra em referência, alude expressamente a que a antiga tendência para enaltecer as conciliações traduzida no conhecido provérbio nessa mesma nota referido («mais vale uma transacção magra que uma sentença gorda»), correspondente como já acima acentuámos ao nosso brocardo («mais vale uma má composição que uma boa demanda»), se é bastantes vezes *índice de desconfiança* no direito e na justiça, é também em parte inspirada por um sentimento de humanidade cristã. — E vid. neste mesmo sentido o que já se referiu *supra*, Parte I, do presente estudo 36 nota 19, 67 nota 58 e 364 e nota 587; e designadamente o que também se sublinhou nos n.ºs 11, 13, 15, 17 e sobretudo 18 a 21.

⁽⁶³⁵⁾ Vid. *supra*, *ibidem* e CALAMANDREI, *o. c.*, 88 e 93.

mais alto ideal, da mais alta aspiração da justiça de todos os tempos e povos civilizados — o já referido ideal da *justiça amigável e persuasiva* ⁽⁶³⁶⁾.

Mas, para delimitar rigorosamente a natureza peculiar e específica (de índole jurisdicionalística) que a conciliação reveste no pensamento de CALAMANDREI, cabe ainda e uma vez mais salientar que a natureza *complementar* que este autor assinala (nos passos acima transcritos) a este instituto, em face do princípio da legalidade, não coincide inteiramente com o carácter complementar próprio da jurisdição ordinária, em face deste mesmo princípio, o qual, como vimos, se traduz na fiel e total observância e salvaguarda do *direito legislado* por parte dos tribunais: — imprimindo, assim, à função jurisdicional do Estado a bem vincada natureza de uma *justiça estritamente jurídica*, em directa correlação com o sistema da *formulação legislativa e não judiciária* do direito objectivo ⁽⁶³⁷⁾.

É que, através da conciliação, pode também (embora em restritos limites), verificar-se e operar-se a *completação do sistema da legalidade*, mas agora num sentido que, à falta de melhor expressão, cremos poder designar-se por *completação essencialmente normativa*: — dado que o conciliador, ao persuadir as partes a terminarem (ou a evitarem) amigavelmente os seus conflitos de interesses, tentam fazer prevalecer entre estas uma solução cujo conteúdo *pode e deve* eventualmente *afastar-se* da solução estritamente legal (*secundum jus*), se assim o impuserem as mais transcendentes exigências da *moral*, da *equidade* ou da *própria justiça* em relação ao caso concreto. — É esta, quanto a nós, sem sombra de

⁽⁶³⁶⁾ Vid. *supra*, *ibidem*, em especial os cits. n.ºs 18 a 21, *passim*.

⁽⁶³⁷⁾ Vid. CALAMANDREI, *ibidem*, e *supra*, 359, 360 e nota 574, 361-362, 364 e 373.

dúvida, a *nota particular* que CALAMANDREI pretende pôr em evidência, quando (embora sem formular directamente a questão), alude a que o conciliador deve «estimular entre as partes o sentimento da *solidariedade humana e a recíproca compreensão e boa vontade* para as *induzir* a encontrarem *por si* a *justa solução* do conflito»⁽⁶³⁸⁾ em que se encontrem envolvidas.

Pois que, quando noutro passo (no § 25, imediatamente ulterior, da sua mencionada obra), este autor pretende justificar e delimitar a atribuição de poderes equitativos ao juiz, aproxima por duas vezes, como vimos,⁽⁶³⁹⁾ nessa particular perspectiva, a função do juiz da *função específica* do conciliador: — sublinhando que se verificam entre estas duas funções *muitos pontos de contacto*, quer na medida em que também se «pressupõe que as partes *estejam de acordo* em solicitar ao juiz uma solução de equidade», quer porque esta decisão *deve inspirar-se* naqueles sentimentos de compreensão humana e de solidariedade social sobre os quais, como também já se sublinhou, *se apoia a conciliação*⁽⁶⁴⁰⁾.

50. Quanto ao alcance e conteúdo específico das *decisões de equidade* assim consentidas ao juiz e ao conciliador,

⁽⁶³⁸⁾ Vid. *o. c.*, § 24, 88.

⁽⁶³⁹⁾ Cf. *supra*, 371.

⁽⁶⁴⁰⁾ Vid. *Istituzioni cit.*, § 25, 93. — Cumprindo sublinhar que a outra passagem aludida no texto em que CALAMANDREI acentua esta *identidade* de funções, já por nós referida a p. 371, consiste numa manifestação de plena concordância com um passo do n.º 8 do já referido *Relatório Grandi*, em que CALAMANDREI explicitamente refere que «oportunamente» (no referido *Relatório*), *os poderes equitativos* atribuídos ao juiz pelos artigos 113 e 114 (do Cód. Proc. italiano) *são aproximados da conciliação*. (Cf. *o. c.*, 92 nota 1).

CALAMANDREI traça no Capítulo agora em análise algumas directivas, através das quais melhor se define e justifica a razão por que a atribuição de tais poderes ao conciliador não invalida nem colide com a ideia de que a actividade conciliatória pretente ser na ordem jurídica italiana «*um útil complemento da legalidade*».

Assim, e em primeiro lugar, em plena correspondência com a já referida ideia de GRANDI de que na conciliação o Estado, através dos tribunais, não abdica da sua alta função do *dicere jus*, nem os particulares (segundo o próprio CALAMANDREI) abdicam do exercício e tutela dos seus direitos⁽⁶¹⁾, este eminente autor afirma agora, sob este novo ângulo da equidade, que a «atribuição de poderes equitativos ao juiz não significa renúncia do legislador à sua função de regular com antecipação certas categorias de relações, e portanto abolição da legalidade para lhe substituir a justiça do caso particular»; e que por tal razão, neste peculiar domínio legislativo, a equidade é considerada mais que como poder de criar direito, como poder de *adaptar* o direito *já existente* às especiais exigências do caso particular, no espírito da codificação vigente⁽⁶²⁾.

E quanto aos critérios concretos que devem presidir à determinação da *oportunidade* e amplitude de tal *adaptação equitativa*, CALAMANDREI salienta que (em relação aos casos do citado art. 113), ela reside na «exiguidade económica das causas previstas e prevenidas neste preceito», a qual pode em certos casos aconselhar uma *atenuação* das consequências demasiado gravosas em proporção com o custo do processo

(61) *O. c.*, 88.

(62) *Ibidem*, 92.

que poderiam resultar da rígida aplicação do *strictum jus*; e para as causas a que se refere o artigo 114, reside por seu turno «no poder de disposição das partes, as quais, assim como podiam ter-se posto de acordo para regularem contractualmente ⁽⁶⁴³⁾ as suas relações em modo diverso do estabelecido pela lei, assim também podem de acordo pedir ao juiz que deve decidir as suas causas, que tenha em especial consideração aquelas circunstâncias do caso que podem tornar oportuno *temperar* as demasiado severas consequências da lei, formulada *em abstracto*, sem ter em consideração as *especiais exigências de toda a relação concreta*» ⁽⁶⁴⁴⁾.

Há na formulação deste outro critério de orientação do conciliador e do juiz ordinário para a determinação dos casos em que ambos podem e devem promover uma solução de equidade, uma fundamental coincidência de pontos de vista entre CALAMANDREI e o *Relatório* de GRANDI — a tal ponto que aquele primeiro autor quase integralmente reproduz, numa larga transcrição ⁽⁶⁴⁵⁾, as passagens mais impressivas e concludentes

⁽⁶⁴³⁾ *Ibidem*. Cumprindo sublinhar que esta é uma das já aludidas passagens de CALAMANDREI que à primeira vista pareciam inculcar a *natureza contratual* da conciliação, com base no clássico argumento do poder de disposição da vontade negocial sobre as relações jurídicas que constituem objecto do processo. — Mas também decorre desta mesma passagem que tal razão não imprime carácter puramente contratual à *solução de equidade* neste caso pronunciada pelo juiz: — pois que esta pronúncia envolve, como se vê, um autêntico *juízo*, no qual o julgador, em vez de aplicar o rigor do direito legislado, *pode e deve* ter em especial consideração as *circunstâncias particulares* do caso concreto que podem tornar oportuno o afastamento daquele direito e a sua substituição por normas *mais adequadas* às especiais exigências da situação controvertida.

⁽⁶⁴⁴⁾ *Ibidem*, 92.

⁽⁶⁴⁵⁾ Vid. a já cit. nota 1 da p. 92.

daquele mesmo *Relatório* em que a questão foi ampla e explicitamente ventilada e resolvida.

Nota-se, porém, uma diferença, à primeira vista algo relevante, entre os dois autores; mas que aquela ampla citação e transcrição pode até certo ponto (se não de todo) neutralizar, ou, pelo menos, esbater consideravelmente:

Consiste essa diferença em que CALAMANDREI põe especialmente em relevo, como fundamento essencial da conciliação, a *exiguidade económica* dos processos (no caso do art. 113) e a eventual necessidade de *temperar* as por vezes demasiado severas consequências da lei, em face das especiais exigências do caso concreto⁽⁶⁴⁶⁾; sem fazer, porém, a menor alusão à primeira e principal hipótese directamente focada por GRANDI, e que consiste, como vimos, na frequentíssima verificação de casos judiciais de tal maneira complicados e miúdos (sobretudo no aspecto de facto) que pretender proferir quanto a estes casos uma solução *secundum jus* com base em dados de facto «tão fragmentários e tão discutíveis», exigiria, na opinião daquele autor, «uma longa e nem sempre frutuosa actividade instrutória, porventura mais onerosa do que o próprio valor da causa».

Ora, apesar deste critério de GRANDI (que tem aliás por si, como já referimos⁽⁶⁴⁷⁾, uma larga tradição doutrinal e legislativa, e acentua o consabido requisito da *incerteza objectiva*, como pressuposto essencial da validade da transacção e da conciliação) não ser expressamente mencionado por CALA-

(646) Cf. *o. c.*, 90 e 92 e *supra*, 384, 385 e nota 643.

(647) Vid. *supra*, 58, 66 s. nota 58 e 62 nota 59, a alusão ao clássico requisito da *res dubia* da figura da transacção e aos autores antigos, em especial, MURATORI e BENTHAM (*obs. cs.*, 56 e 180 e 174, respectivamente) que lhe dão muito particular acentuação.

MANDREI, cremos poder contudo admitir que este eminente autor o deve ter querido também perfilhar: — já e fundamentalmente porque transcreve na íntegra e amplamente, e com manifestas expressões de aplauso, a linha essencial de pensamento do referido passo de GRANDI⁽⁶⁴⁸⁾; já porque no segundo dos vagos e amplos critérios por CALAMANDREI enunciados, cabe certamente em princípio, entre muitas outras, a hipótese em referência. — Sobretudo se se tiverem em conta os genéricos e amplos conceitos de «solidariedade social» e de «compreensão humana», insistentemente invocados por este autor, (até como remate do citado § 25 da obra em análise), os quais, em relação a situações muito complicadas e miúdas, de resultados incertos e porventura economicamente infecundos, não podem deixar de aconselhar e inculcar as vantagens práticas e até o melhor equilíbrio (no plano substancial e moral) da solução conciliatória ou transactiva (tomada neste caso em sentido técnico)⁽⁶⁴⁹⁾ em face da solução judicial.

E para corroborar a forte probabilidade de CALAMANDREI ter querido também abranger o caso em análise, entre aqueles em que se justifica a actividade conciliatória do juiz, pode recordar-se, em primeiro lugar, que este eminente autor acompanha circunstanciadamente, e reforça até com melhores e mais explícitas palavras, a ideia de que a conciliação visa *eliminar a estéril litigiosidade e adequar o processo* às reais exigências de toda a controvérsia concreta — sínteses com que GRANDI, como vimos⁽⁶⁵⁰⁾, definiu lapidariamente os casos em questão, e que CALAMANDREI também reproduziu na longa

(648) Cf. cit. nota 1 da p. 92.

(649) Vid. *supra*, 170 ss. nota 213, os vários critérios classificativos da distinção entre transacção em sentido *técnico* e em sentido *amplo*.

(650) Cf. *supra*, 339 e nota 517, 343-346 e notas 533-544.

transcrição da já referida nota 1 da p. 92; — e pode e deve lembrar-se ainda, em segundo lugar, que está bastante generalizada na doutrina italiana a ideia de que o conceito de equidade pode ser tomado não só em sentido *substancial* mas ainda em sentido *formal* ⁽⁶⁵¹⁾ — e que até, por via de regra (pelo menos, em relação ao instituto da *arbitragem de equidade*), a atribuição aos árbitros da faculdade de decidirem *ex aequo et bono* o fundo da causa, envolve de igual sorte a faculdade dos mesmos árbitros (ou as partes) determinarem por si a *tramitação* processual a seguir ⁽⁶⁵²⁾.

Ora, também por este lado, dado o sentido latíssimo com que CALAMANDREI define o âmbito das soluções de equidade naquele seu referido critério, deve poder razoavelmente concluir-se que o juiz, ao *temperar* as demasiado severas consequências da lei («formulada em abstracto sem ter em conta as especiais exigências de toda a relação concreta») nos termos em que as especiais circunstâncias do caso mostrarem desejáveis, tem de considerar indubitavelmente oportuno afastar todas as normas, quer substanciais quer formais, que se tornaram absolutamente inadequadas para julgar segundo elas aquelas situações que pela sua complicação e minúcia se mostrem insusceptíveis de uma rigorosa solução *secundum jus*.

Daí que este duplo critério pareça conduzir também logicamente à conclusão de que tais situações são daquelas em relação às quais mais se justifica uma solução conciliatória de base transaccional e equitativa, do que uma solução estritamente legal: — quer pelo conteúdo substancial, que podia

⁽⁶⁵¹⁾ Vid. sobre estes dois possíveis conceitos de equidade *supra*, 52 nota 38.

⁽⁶⁵²⁾ O que está, aliás, entre nós explicitamente consagrado nos artigos 1571, II e 1519, 2 dos Códigos de 1939 e 1961, respectivamente.

conduzir a uma *injustiça*, quer pelo alcance prático, que a podia tornar absolutamente *inoperante*.

Por isso GRANDI o destaca e sublinha vigorosamente no seu *Relatório*, e CALAMANDREI o reproduz, também nessa parte, integralmente.

51. Passemos, agora, a apreciar o estado da doutrina italiana em relação à segunda das fases acima indicadas.

Não sendo, como já referimos, nosso propósito dar no presente Capítulo deste ensaio uma resenha completa das origens e evolução do instituto da conciliação no direito e na doutrina italiana em geral — pois que nesse caso, como é óbvio, a nossa análise ter-se-ia de remeter muito para além do Código de 1865 e de abranger numerosos autores antigos e modernos (sobretudo de orientação contratualista), além dos focados neste estudo — vamos começar por aludir e marcar, com o possível rigor, a posição de um conhecido e eminente processualista deste século e de fins do século passado, que pode integrar-se nesta segunda fase, como um dos mais categorizados comentadores daquele referido Código e da legislação imediatamente ulterior; — e que, ao mesmo tempo, pode e deve considerar-se um dos mais fecundos obreiros da fase de transição e de preparação da vigente legislação processual civil italiana: — o qual, ao lado de CHIOVENDA e de CARNELUTTI (e até antes de qualquer deles), representa um dos grandes renovadores da ciência e da legislação processual italiana no presente século ⁽⁶⁵³⁾.

⁽⁶⁵³⁾ Vid. ALLORIO, *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale — Pietre miliari nello svolgimento delle discipline processuali in Italia* — no já cit. vol. 3.º dos *Problemi di diritto — La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa*, Milão 1957, 191 ss.

Queremos aludir a MORTARA, que já na 1.^a edição do seu famoso e luminoso *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile* ⁽⁶⁵⁴⁾, e mais tarde no seu não menos famoso *Manuale della Procedura Civile* (7.^a ed., Turim 1913) dedicou ao tema em apreço páginas verdadeiramente notáveis, quer pela agudeza, densidade e acerto dos argumentos nela aduzidos, quer pelo vigor e limpidez das ideias com que lhes deu expressão. — E que, para mais, tendo pendido nessas suas obras para uma visão jurisdicionalística da conciliação consagrada no Código de 1865 (portanto, da conciliação preliminar e facultativa do artigo 1.^o deste Código), não deixa, todavia, a menor dúvida de que os seus critérios valem também (e até por maioria de razão) para a conciliação judicial posterior, que aqui particularmente nos interessa focar. E isto, sobretudo, por aludir explicitamente às principais legislações europeias que a consagraram (designadamente, à legislação prusiana de 1781 e à legislação austríaca de 1895, naquela directamente inspirada).

E é, todavia, também e desde já de salientar que, embora este eminente processualista não consigne no seu célebre *Projecto* de 1923 ⁽⁶⁵⁵⁾ um preceito expressamente dedicado à conciliação judicial posterior, contudo, no sintético mas brilhante *Relatório* que acompanha o texto desse mesmo citado *Projecto*, MORTARA remete, quanto a este ponto, para a então recentíssima Reforma de 15-20 de Agosto de 1922, declarando

⁽⁶⁵⁴⁾ Edição sem data da *Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi*, Milão — mas que supomos pouco posterior a 1905, por serem deste ano as mais recentes sentenças nesta obra mencionadas (cf. *o. c.*, III, 908, nota 1).

⁽⁶⁵⁵⁾ Publicado, quer na *Giurisprudenza Italiana*, ano de 1923, Parte 4.^a, p. 30, n.^o x, quer na *Separata* aludida *supra*, 13 nota 6.

(a p. 30, n.º x) que ela constitui, quanto à competência e ao processo conciliatório, «o modelo da futura legislação».

E cumprindo, também, do mesmo passo salientar (comprovando-se, assim, não haver na doutrina italiana quebra completa de continuidade do pensamento jurisdicionalístico, através das quatro fases que acima assinalámos) ⁽⁶⁵⁶⁾, que mesmo em relação ao primeiro dos períodos indicados (dos precedentes legislativos imediatos do Código de 1865) já aflo-rou, embora vagamente, na mesma aludida doutrina, uma visão jurisdicionalística do instituto da conciliação: — trata-se da também já várias vezes referida e frustrada tentativa de CASTELLI para se adoptar na legislação processual então em gestação o também já indicado e progressivo sistema do Código de Genebra de 1819 ⁽⁶⁵⁷⁾. — Voto este que, todavia, (como também já vagamente acentuámos acima) não vingou na citada legislação de 1865; — porque o legislador se sentia então de certo modo enfeudado à visão tradicional *contratualista e monista* do direito romano ⁽⁶⁵⁸⁾, que até certo ponto encontrava um sólido apoio ideológico no consabido precedente do instituto da conciliação preliminar francesa, de inspiração voltairiana, introduzida em grande número dos direitos processuais e constitucionais do século passado, inclusive, como vimos ⁽⁶⁵⁹⁾, no nosso direito constitucional liberal, por influência das ideias gerais de acentuado cunho liberal e individualístico, lançadas e exaltadas na Europa pela Revolução Francesa.

⁽⁶⁵⁶⁾ Cf. *supra*, 324-328.

⁽⁶⁵⁷⁾ Vid. *supra*, 269 nota 354 e 274 nota 362.

⁽⁶⁵⁸⁾ Já aludida *supra*, 232 nota 308 e sobretudo em KRETSCHMAR, o. c., 228 ss.

⁽⁶⁵⁹⁾ Cf. *supra*, 15 nota 6, 43 nota 27 e 51.

Assim, e em boa verdade, dos já citados *Relatórios* de PISANELLI e de VACCA parece ressaltar inequívocamente uma visão contratualista destes institutos. — Eis um impressionante passo deste último *Relatório* que nesse sentido se nos afigura algo oportuno transcrever:

«Assim como é necessário que a lei impeça os cidadãos de fazerem direito por suas próprias mãos, substituindo a força privada pela justiça social, outrotanto convém que a justiça pública não intervenha, senão em substituição de *todos os meios voluntários* destinados a prevenir ou a fazer cessar as lides. As quais são por si mesmas motivo de dissídios, perturbações e rancores prejudiciais ao bem-estar social. Eis com que intenção e a que propósito o Código abre com dois capítulos, *da conciliação* que previne as lides, e *do compromisso* que as define por vias amigáveis.»

E cumpre igualmente, e em contrapartida, também acentuar que, muito embora se colham nestes autores algumas afirmações que podem (ainda que muito ligeiramente) significar concordância com o sistema jurisdicionalístico da conciliação, e revelar assim influência da elaboração doutrinal e legislativa francesa posterior à Constituição de 1790 e ao próprio Código de Processo de 1806 (a qual, a partir de certa altura, como já se referiu e melhor se verá na parte relativa à evolução do direito francês que constitui objecto do Capítulo II desta Parte II, reagiu fortemente contra a visão puramente negativística e até um tanto policial de VOLTAIRE) — fica sempre, todavia, a pairar séria dúvida sobre se os dois destacados legisladores processuais italianos do século passado teriam de alguma forma e em alguma medida aderido ao indicado pendor jurisdicionalístico.

Insistimos, pois, pela extrema importância da análise desta segunda fase (de comentário ao Código de 1865 e legislação

subsequente), que agora nos propomos fazer dentro do esquema acima delineado. — Na qual, aliás, se nos deparam dois relevantes exemplos de sentido jurisdicionalístico que importa meditar: — na medida em que podem de algum modo explicar como, partindo-se da concepção contratualista da conciliação, que vinha da mencionada legislação francesa de 1790, se chegou em Itália às pujantes e inequívocas manifestações de sentido jurisdicionalístico consagradas por alguns dos autores e comentadores do Código de 1940, nomeadamente, os já examinados e eminentes juristas CARNELUTTI, GRANDI e CALAMANDREI. — Trata-se, por um lado, de um exemplo de natureza essencialmente doutrinal (traduzido, precisamente, na posição de MORTARA perante este debate); e, por outro, de dois significativos casos de índole histórico-positiva (que consistem nas duas notáveis *Circulares* expedidas pelo Ministério da Justiça italiano em 19 de Junho de 1879 e 9 de Dezembro de 1899 — citadas *infra*, 366 ss.), as quais revelam (quanto a nós insofismavelmente) que já nessa importante e um tanto afastada fase da elaboração doutrinal e legislativa daquele país (que havia de conduzir mais tarde ao excelente Código de 1940), houve quem, muito autorizada e conscientemente, mesmo no plano governativo, perfilhasse uma concepção com acentuados traços do pendor jurisdicionalístico da moderna função dos juízes conciliadores em geral.

Comecemos, pois, por determinar, dentro do importante e mencionado período histórico agora em referência, a posição doutrinal do aludido e eminente processualista.

52. Quanto à análise do problema da conciliação em geral, que não só sob o prisma particular que ora nos interessa considerar, o eminente autor agora em evidência começa

por pôr em relevo no seu famoso e aludido *Commentario* ⁽⁶⁶⁰⁾ essa figura jurídica e institutos afins, sublinhando vigorosamente estar-se em presença de um dos mais antigos e universais institutos da vida do direito, quer no âmbito do direito civil quer, em especial, na órbita do direito processual civil.

E assim, num ligeiro intróito em que foca o instituto em análise sob este primeiro ângulo visual (da sua antiguidade e universalidade), MORTARA inicia a sua brilhante exposição com uma série de considerações de índole preliminar, nas quais em síntese afirma:

— Que «a composição amigável de um conflito de qualquer espécie, e portanto também de um conflito em matéria de direito, como solução preferível ao desenvolvimento da luta judiciária até se chegar a uma catástrofe final, constitui pensamento tão espontâneo e de tão evidente beleza e bondade intrínseca de parecer seguro que tal pensamento se tenha formado em milhares e em milhões de cérebros humanos em todos os tempos, tal como, segundo é do conhecimento comum, se forma quotidianamente nos cérebros de todas as pessoas honestas e amantes da paz»; — que por este motivo «a investigação histórica das manifestações deste pensamento através da civilização parece ser a coisa mais inútil do mundo»; — que de igual sorte se tem de considerar «natural que sacerdotes, moralistas e sábios governantes tenham tomado a iniciativa de fazer valer a autoridade própria e, quando fosse caso disso, a autoridade da sua função, espiritual ou temporal, para difundir entre as gentes mais rudes e portanto mais inclinadas aos litígios, o desejo da paz e da composição amigável dos seus conflitos judiciários»; — que assim se afigura igualmente

⁽⁶⁶⁰⁾ Cf. cit. ed. da *Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi*, Milão, sem data, vol. III, 1-35.

natural «que se tenham encontrado maiores dificuldades para esta propaganda nos tempos e lugares de maior barbárie, e onde e quando havia interesse por parte de príncipes ou de castas privilegiadas em fomentar os litígios, para tirar deles afirmações de poder político e lucros pecuniários»⁽⁶¹⁾; — que

(⁶¹) Vid. autor e *o. c.*, p. 2. Sendo de salientar que este aspecto particular da hostilidade e desinteresse pela composição amigável dos litígios é posto em relevo de longa data (e até recentemente) por vários autores, entre os quais uns aludem ao muito conhecido e singular exemplo histórico do imperador Calígula, que tendo estabelecido um pesado imposto sobre os processos judiciais (nada menos de 40 % do valor dos objectos litigiosos) condenava as transacções como actos contrários aos interesses do erário público; e outros referem em especial o obstrucionismo das classes forenses em face desta instituição, por terem interesse no prosseguimento dos processos judiciais que constituem a principal fonte dos seus proventos materiais. — Cf. quanto ao citado exemplo histórico, em especial, SCAMUZZI (*Il Digesto Italiano* cit., VIII, 41, n.º 18); e quanto ao referido obstrucionismo dos profissionais do foro, procuradores e até juizes, sobretudo o também assás aludido e drástico comentário de LAURENT (*Principes de Droit Civil*^P, Bruxelas-Paris 1878, tomo XXVIII, 328) à conduta dos juizes da Igreja na Idade Média, os quais segundo este autor, «por espírito de dominação e amor de lucro tinham proibido as transacções»; sublinhando da mesma sorte a tal propósito, por um lado, «este grande esquecimento da caridade cristã entre os homens que faziam justiça em nome de Cristo», e, por outro, que os «verdadeiros discípulos de Jesus Cristo eram os homens da Revolução, que tentaram estabelecer a paz entre os povos e a união entre os cidadãos».

Cumprido, por último, ainda notar que uma visão profundamente realística do até certo ponto natural retraimento e desinteresse dos advogados pelas conciliações, surgiu recentemente em plano de particular relevo na discussão do *Projecto Preliminar Solmi*, de que fundamentalmente saiu o actual Código de processo civil italiano (cf. p. 12 nota 6). Não só se pretendendo inculcar o critério de que o advogado que participa com êxito numa conciliação tem *jus* a honorários equivalentes

esta matéria «sai do terreno da moral e da história dos costumes para se transportar para o campo jurídico, quando são instituídos organismos judiciários destinados a promover e

aos do que conduz um processo até final decisão: — critério expresso pelo próprio Ministro SOLMI, autor do referido *Projecto*, na sua já citada obra *La riforma del Codice di procedura civile*, Roma 1937, 167, com a dupla consideração de que na sua reforma «a tentativa obrigatória de conciliação se segue à fase constitutiva do processo, na qual a parte do patrocínio legal é de primeira importância»; e de que, de todo o modo, tal tentativa «se desenvolve em forma de debate e exige portanto a presença assídua e a obra do patrono»; como tendo-se chegado até a propor compensações monetárias a favor dos causídicos que fomentassem as conciliações, convertendo em prémios de conciliação certas receitas inerentes aos processos judiciários. — Vid. a este último propósito a opinião do Presidente e Relator do *Parecer do Tribunal de Apelação de Catânia* sobre o artigo 161 do referido *Projecto* (nas já citadas *Osservazioni e proposte sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, Roma 1938, II, 169), segundo o qual «para tornar mais segura e operante a preciosa cooperação dos patronos na conciliação, seria útil prescrever que o juiz dela tivesse conta na liquidação dos honorários, e transformar em prémios de conciliação para os advogados as multas de que fala o artigo 26 do referido *Projecto*».

E cumpre a este mesmo respeito ainda sublinhar (em plena corroboração do importantíssimo papel desempenhado por MORTARA na elaboração e expansão da concepção jurisdiccionalística da conciliação na doutrina e no direito italiano moderno), que esta sugestão do Presidente do Tribunal de Apelação de Catânia, que traduz o vigoroso reconhecimento da grande importância da cooperação dos advogados na obra conciliatória do juiz (aqui tributada impressivamente, como acabamos de ver, de «preciosa»), já fora de certo modo formulada por aquele eminente processualista em 1913 no seu conhecido e famoso *Manuale della Procedura Civile* (7.^a ed., Turim, 469), quando — em comentário ao então recentíssimo Decreto de 27 de Agosto desse ano, que instituiu em Itália o *juiz único* no processo comum de primeira instância, atribuindo-lhe, em cumprimento do conhecido voto do Senador CASTELLI (vid. *supra*, Parte I, 269 nota 354 e 274 nota 362) expresso

tutelar a conciliação dos litígios privados»; — e que, por último, há que aludir também explícita e especificadamente a este mesmo propósito «a vários traços de tentativas históricas e doutrinárias efectuadas neste mesmo sentido, sob o impulso de sentimentos religiosos ⁽⁶⁶²⁾ ou puramente morais, ou ainda, por simples razões de conveniência política» ⁽⁶⁶³⁾.

Mas, já quanto ao problema específico que aqui nos importa particularmente versar (da natureza contratualista ou jurisdicionalística do instituto em apreço), toda a argumentação de MORTARA se resume fundamentalmente à questão de saber, se a conciliação constitui uma forma especial de jurisdição voluntária, ou se, pelo contrário, se insere e integra no próprio conceito de jurisdição contenciosa ⁽⁶⁶⁴⁾; — mostrando-se este eminente autor decididamente inclinado a aceitar esta segunda alternativa ou via de solução: — para chegar à qual começa por acentuar, como se impunha, os caracteres peculiares de um e outro destes dois tipos de jurisdição, procurando a esta luz estabelecer depois o paralelo ou confronto entre cada um deles e o instituto em análise.

Antes, porém, de entrarmos no exame ou sequer aludirmos aos termos exactos deste importante paralelo (e para

em 1865, a função conciliatória oficiosa e facultativa no decurso dos processos da sua competência — põe em evidência a alta importância da *presença e intervenção leal* e interessada dos advogados na discussão e determinação das *bases concretas* das conciliações promovidas pelos juizes. — Vid. também *supra*, 391 nota 657.

⁽⁶⁶²⁾ Vid. *Commentario cit.*, 3 e *supra*, 202-206.

⁽⁶⁶³⁾ Vid. *ibidem*; e vid. ainda a este mesmo propósito *o. c.*, n.º 28, p. 31 e nota 1, e *infra*, 409 e nota 681.

⁽⁶⁶⁴⁾ Problema já por nós formulado em termos gerais. Cf. *supra*, Parte I, 53 ss. nota 39, 58 nota 41, 82 nota 71, e *infra*, n.º 57, pp. 418-430, *passim*.

apreender com o maior rigor e nitidez o pensamento do autor em foco, e as, quanto a nós, inequívocas e até por vezes vibrantes manifestações do pendor jurisdicionalístico da sua construção), importa sobremaneira começar por sublinhar, embora em ligeiríssimos traços, o quadro das origens e evolução do instituto da conciliação nos direitos modernos em geral, mas sobretudo no próprio direito italiano em particular, tal como este autor sinteticamente no-las descreve e comenta ⁽⁶⁶⁵⁾: — desde as suas primeiras florações e concretizações histórico-positivas nas legislações processuais francesa de 1790 e de 1806 e napolitana de 1808, 1817 e 1819 (constituindo esta última legislação, segundo pensamos, a primeira a reflectir em solo italiano ⁽⁶⁶⁶⁾) a influência da criação dos juizes de paz

⁽⁶⁶⁵⁾ Reveste com efeito para este ensaio o maior interesse insistir na análise das origens e evolução do instituto da conciliação no direito moderno em geral e nos direitos italiano e francês em particular; por ser através desta análise, como já frisámos (*supra*, 274-281) e melhor veremos no decurso deste Capítulo (bem como no Cap. II relativo à história da evolução da conciliação naquele último e aludido direito) que se evidenciam os vários factores de ordem histórico-positiva, conceitual e dogmática que quanto a nós conduziram a uma visão nitidamente jurisdicionalística da conciliação na grande maioria das mais progressivas legislações processuais do nosso tempo: — entre as quais avultam, como procurámos demonstrar, as mais recentes legislações dos países ocidentais, quer latinas (em especial a italiana e a francesa deste século), quer as próprias e evoluídas legislações germânicas de fins do século passado (designadamente a alemã e a austríaca).

⁽⁶⁶⁶⁾ E até em toda a Europa; dado que, posteriormente a 1790 e 1806, a primeira legislação, com que deparámos no nosso estudo, que consagrou a conciliação preliminar obrigatória introduzida em França pela já referida Lei de 16-24 de Agosto de 1790, foi a também já mencionada Constituição de Cádiz de 1812 (cf. *supra*, 52 nota 38, 229 nota 301 e 231 nota 303), posterior portanto em quatro anos à legislação napolitana de 1808.

franceses pela aludida e célebre Lei da primeira Constituinte de 16-24 de Agosto de 1790 e a definitiva consagração da sua primacial função conciliatória quer pela Constituição do ano VIII, art. 60, quer pelo Código de Processo de 1806); — passando por uma breve referência à legislação do mesmo tipo consagrada no ducado de Módena pelo Código de 1852, até chegar a incidir fundamentalmente sobre o Código de Processo Civil de 1865, promulgado após a unificação italiana como lei processual geral do país.

(Continua).

ALEXANDRE PESSOA VAZ

ACTIVIDADE CULTURAL

Tendo a Direcção do Instituto de Coimbra resolvido promover uma série de conferências de carácter literário ou cultural, foi convidado, para realizar a primeira, o senhor D. José Matoso, monge beneditino do Convento de Singeverga, que proferiu a sua erudita lição, na sala das sessões do nosso Instituto, no dia 7 de Abril do corrente ano.

Apresentou o orador o Senhor Doutor Sousa Soares, director da Classe de Ciências Morais e Sociais ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ O trabalho do Senhor Dom José Matoso foi publicado no tomo I deste volume, a págs. 187 e seguintes.

DOCUMENTOS SOBRE A RESTAURAÇÃO

Continuado do vol. 130.º pág. 243

II

CARTAS DO VISCONDE DE VILA NOVA DA CERVEIRA PARA O REI

(Bibl. Aj., Cod. 51-VII-40)

1649 — FEVEREIRO — 18

A El Rey Nosso S.^{or}

No seu Cons.^o de Guerra.

Senhor. Vindo de caminho pera esta fronteyra, passando pella Villa de Barcellos com a occasiam da pouca ordem q̄ uiy em hũa Companhia da ordenaçãõ q̄ a entrada daquella Villa me estaua esperando, tratey de examinar o modo em que a gente daquella Villa estaua, e achando q̄ nella, e seu termo auia quarenta e outo companhias, as quais tem a quatro sentos e quinhentos homẽs cada hũa, está esta gente toda incapaz de poder ser de proueito em nenhũa occasiãõ por a q̄ seja q̄ della neçessite, em rezãõ de não lhes faltarem offeçiaes, porque o sargento mor esta muyto velho, e incapaz de exercitar o dito posto, e assy acomodandoo V Mag.^{de} com algũa merce com q̄ se lhe satisfaça o seu ordenado deue V Mag.^{de} de mandar nomear Sargento mor pera aquella praça q̄ possa tratar de reduzir a algũ modo e forma tanta gente como tem aquella Villa e termo q̄ sendo tanta conuem muyto q̄ esteja de modo q̄ se possa V Mag.^{de} ualer della nas ocaziões que neçesitarem das ordenanças, porq̄ de outro modo obrigando auellas a que

uenhão as fronteyras sera sem nenhũa vtilidade, e não os obrigando a ir por incapazes será dar occaziam de grande queixa aos demais Pouos ou tambem de seus offeçiaes não adestrarem as milícias, entendendo q̃ esse he o meyo de se eximirem de ir as fronteyras. V Mag.^{de} ordenara o q̃ mais conuier a seu seruiço. Cuja m.^{to} alta e real pessoa Nosso S.^{or} g.^{de} Ponte de Lima 18 de fur.^o de 1649.

Bisconde

1649 — FEVEREIRO — 22

A El Rey Nosso Senhor. No seu Cons.^o de Guerra

Senhor. Em carta escrita em doze do prezente mes fas V Mag.^{de} merçe ordenar e dizer q̃ tem entendido q̃ algũs homẽs ricos desta Prouincia tem egoas em seu seruiço sem as quererem lansar, encontrando nisso as ordens de V Mag.^{de} couza digna de se attender a ella por muytas considerações com todo o cuidado logo despacho correo a Vasco de Azeuedo Coutinho Supirintendente da Criação dos Cauallos, pera que se venha uer commigo pera se tratar da aueriguação disto, e se por em execução tudo o que conuier para remedio deste danno no que não auera descuido nenhũ. Guarde Deos a muito alta e Real pessoa de V Mag.^{de} por m.^{tos} annos. Ponte de Lima 22 de feur.^o de 1649.

Bisconde

1649 — FEVEREIRO — 21

A El Rey Nosso Senhor. Em mão de Secretr.^o Gaspar de faria Seuerim.

Senhor. Pella carta q̃ V. Mag.^{de} foi seruido mandarme escreuer de Saluaterra em treze do corrente uejo

ordenarme V Mag.^{de} a continuação das intelligenças q̃ o Conde de Castelmilhor tinha por uia de Galiza; Senhor esta materia como tam inportante queria eu lembrar a V Mag.^{de} porque pellas informações q̃ acho da pessoa com quem se tem esta correspondencia em Galiza tem auizos muy certos e sempre os tem dado muito a tempo, e como asim seja conuem comserualo, e eu o tenho procurado de minha parte; mas como elle conserua esta correspondencia com tam grande risco seu, não o poderemos comseruar sem algũa despeza, e asim seja V Mag.^{de} seruido de me dizer por carta sua q̃ ha por bem q̃ por uia de gastos secretos os offeçiaes da fazenda desta Prouinça acudam com o que eu lhes ordenar sem q̃ nos despachos se ponha o para q̃ se manda dar por ser inpossiuel o poder ser de outro modo em rezão do grande risco q̃ auerá se os offeçiaes da Vedoria tiuerem noticia deste particular. V Mag.^{de} ordenará o que mais for seruido cuja muyto alta e Real pessoa Nosso S.^{or} g.^{de} por m.^{toe} annos. Ponte de Lima 21 de feur.^o de 1649.

Bisconde

1649 — FEVEREIRO — 23

A El Rey Nosso S.^{or}

No seu Cons.^o de guerra.

Senhor. V Mag.^{de} me ordenou per carta sua trouxesse pera esta Prouincia os Capitães de jnfanteria q̃ nessa Cidade se achauão q̃ tinhão ainda algũa gente na Prou.^{ca} de Alentejo dos quatrocentos homẽs q̃ desta prouinça auião hido de soccorro, e q̃ V Mag.^{de} auia mandado duplicadas ordens ao Conde de São L.^{co} pera q̃ despedisse os Offeçiaes da primeira plana com algũs soldados q̃ lá auião ficado o q̃ athe gora se não tem dado a execução em grande dano desta recondução q̃ V Mag.^{de} manda fazer, porq̃ todo o soldado q̃ se quer ocultar, respondem seus paes q̃ esta ainda em Alentejo, por onde parece conueniente q̃ V. Mag.^{de} deue mandar com vltima rezo-

lução ao Conde de São Lourenço despesa esta gente q̄ ia deue ser tam pouca q̄ não serue de outra couza q̄ de nos impossibilitar a poder reconduzir a mais, pera o qual effeito tenho publicado Bandos com perdão a todos os que acudirem athe quinze de Março, e mandado ordem aos Corregedores das Comarcas pera q̄ os fação publicar em todas as Villas, e lugares de seus distritos, mandando tambem ordem aos mesmos Corregedores pera q̄ na mesma forma sejão notificados todos os paes e parentes dos mesmos soldados q̄ não se apresentando dentro no dito tempo serem trazidos presos a fronteira donde não sahirão athe os entregarem, e com estas e outras diligencias me parece q̄ reconduziremos algũa gente. Com occasião de sabermos que o inimigo fazia faxina no forte de São Jaco de Aytona mandamos hũa esquadra de uinte Cauillos a tomar lingoa. O inimigo lançou fora do forte outenta cauillos e a sua infantaria na estrada cuberta. A nossa esquadra inuistio com bizzarria e os fez retirar ao forte, matandolhe dous soldados de cauillo, e trazendo outro viuo. João Correa Sargento reformado o catiuou e matou outro, andando com ualor conhecido, Diz o prezioneyro q̄ a faxina era pera engrosar os parapeitos e cortinas do forte, e q̄ nelle estauão seis sentos homẽs entre pagos e meliçianos, e q̄ de ponte Vedra mandauam uir hũ Mestre de Campo com o seu terço pera aly, e não diz outra cousa capaz de se fazer auizo a V. Mag.^{de} Cuja m.^{to} alta e real pessoa Nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} annos. Ponte de Lima 23 de Feur.^o de 1649.

Bisconde

1649 — MARÇO — 3

A El Rey Nosso S.^{or} Em mao do Secretr.^o Gaspar
de faria Seuerim.

Senhor. Vm dia destes se fes hũa chamada do forte de São Tiago de Aytona a Saluaterra forão à chamada

comtinha hũa Carta da Condessa de Cresente ã com esta enuio a V. Mag.^{de} Como uy queria intruduzir mais conversação da que me parecia ã conuinha, mandei ordem se respondesse que nenhũa carta nem recado da Condessa de Cresente se auia de receber, a poucas oras depois de chegada a minha ordem se fez outra chamada e uinha a ser ã trasia dous maços de cartas da mesma Condessa com algũas emcomendas nem hũa couza nem outra se aseitou, declarandosse aos do forte a ordem ã auia neste particular. Senhor eu tenho cõ a condessa de Cresente as rezoens de parentesco ã a V. Mag.^{de} sam notorias, e antes da feliz aclamação de V. Mag.^{de} auia muyta comunicação entre a nossa Caza e a sua, e assim como quem tem tanto conhecimento della, me acho obrigado a representar a V. Mag.^{de} ã seu real seruiço não receberá nenhũa conueniência, nem vtilidade de ã neste Reyno haja correspondência algũa com a Condessa de Cresente, depois de passada a Castella o que eu tiue por muito prejudicial exemplo sendo ella filha de hũ Portuguez, e tendo toda sua fazenda em Portugal donde se foi p.^a Castella com mais notiças e dilação nesta fronteyra do ã comuinha he molher sobre maneyra orgulhosa, tenho por sem duuida em Castella fará grandes ofrecim.^{tos} de jntiligencias que quando não surtam outro efeito mais que o de ocasionar algũas jnquietações entre V. Mag.^{de} e seus vassallos, he materea digna de grande ponderação, e considerandoa eu cõ ella me pareceu ã não compria cõ o que deuo ao seruiço de V. Mag.^{de} se a não aduirtisse, e asim me parece deue V. Mag.^{de} mandar ordem a todos os Governadores das Armas se não admitam por suas prou.^{cas} nem Cartas nem outro nenhũ modo de correspondencia cõ a Condessa de Cresente por se euitar a ocazião ã da sua correspondencia nos pode ocasionar tanto danno. V. Mag.^{de} ordenará o ã mais conuier a seu Real seruiço. Cuja m.^{to} alta e real pessoa Nosso S.^{or} g.^{de} por muitos annos. Ponte de Lima Março 3 de 1649.

Bisconde

1649 — MARÇO — 7

A El Rey Nosso S.^{or} Em mão do Secretr.^o Gaspar
de faria Seuerim.

Senhor. Em Galiza correo estes dias algũa torm.^{ta} o nouo correspondente principal a qual achey principiada quando cheguey a esta Prouinça, mas como a culpa de inconfidente ã se lhe formaua não tinha outra proua ã a das mesmas pessoas daquella Arraya ã nos esta em contribuição e com as boas diligencias ã de qua lhe fizemos, tratarão todos de sua defeza, e agora me dizem está o negoço bem asombrado, e elle tornará a continuar com os auizos, ã os seus sam os de melhores notiças, e asim mo auiza o Gouernador do Castello de Castro Laboreyro por quem isto corre, e me mandou a carta que com esta será, ã he de outro Correspondente da mesma a Raya, de ã V Mag.^{de} deue ter ia notiça. Breuemente espero mais auizos ã logo remetery a V Mag.^{de} Cuja m.^{to} alta e Real pessoa Nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} annos. Ponte de Lima M.^o 7 de 1649.

Bisconde

1649 — MARÇO — 8

A El Rey Nosso S.^{or} No seu Cons.^o de guerra.

Senhor. Foi V Mag.^{de} seruido mandar em carta escrita a oito de julho de mil e seis sentos e quarenta e tres aos Gouernadores das fortalezas dos portos de mar, ã se tiueçe particular cuidado nos nauios ã uiessem comerçear a este Reyno, ã não trouxessem Castelhanos, nem cartas, sem as manifestarem e que achandoçe qualquer das couzas, serião os nauios julgados por perdidos e as fazendas delles mandando V Mag.^{de} ã no exame das tais couzas ouuesse particular uigilança como m.^{to} con-

uem q̄ seja. Deu a costa hũa Setia no porto da Villa de Espozende a qual depois de emcalhada e não querer dar copia de sy, antes metendo as uellas pera tornar a sahir, foi a gente da terra e a força os fiserão obedecer; com esta noua acudio aquella Villa Luis de Oliuejros famel ten.^{te} de mestre de Campo general q̄ então gouernaua o Castello de S. tiago da Villa de Vianna e perguntando pello Capitão da Setia se ocultou sem querer apparecer nem dar rezão de q̄ naçam era, nem de donde uinha, com o que se tirou toda a fazenda da Setia, e se inventariou, e se meteo na Alfandega, e depois de uoltado o dito Luis de Oliueiros famel p.^a Viana, appareço entam o Capitão da Setia a quem todo aquelle tempo auia occultado em sua caza hũ calisto pr.^{co} natural de Espozende, e dandosse conta ao Conde de Castel melhor Gou.^{or} das Armas desta Prou.^{ca} mandou tirar deuassa pello Auditor geral della, da qual constou que na Setia uinha hũ Castelhana, e dous portuguezes, hũ delles que estaua em Castella antes da aclamação de V Mag.^{de} e o outro que diz tomaram em Peniche, consta mais q̄ no Algarue deram cartas de Castella, como tudo mais largam.^{te} se pode uer da mesma deuassa q̄ o Conde de Castel melhor mandou ao Conselho de Guerra. Veyo hũa ordem do Conselho da fazenda ao Prouedor da Comarca de Vianna pera q̄ uá a Villa de Espozende, e faça entregar ao Capitão da Setia toda a fazenda e tudo o mais q̄ se lhe jnventariou; nam duuido q̄ pello Conselho da fazenda se fizesem todas as diligências conuenientes a effeito de se achar a uerdade, mas sera justo q̄ V Mag.^{de} mande ordenar aos seus conselhos q̄ com os Gouernadores das Armas se tenha deferente conta e respeito, estando elle de pormeo em hũa materia em q̄ huião mandado obrar o que comuinha ao seruiço de V. Mag.^{de} em obseruancia a suas reais ordens, e defesa dos portos q̄ tem a sua conta, q̄ pello menos se lhe desse conta da rezolução q̄ auião tomado sem elles o saberem por outra via mais que q.^{do} por hũ Prouedor se manda executar a materea

de q̃ elles auião dado conta a V Mag.^{de} sem disso se fazer nenhũa mençam. V Mag.^{de} ordenará o q̃ mais for seruido. Cuja m.^{to} alta e Real pessoa Nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} annos. Ponte de Lima e Março 8 de 1649.

Bisconde

1649 — MARÇO — 8

A El Rey Nosso S.^{or}

Foi V Mag.^{de} seruido ordenarme por carta escrita de Saluaterra em treze de fevreyro q̃ eu tiuesse as mesmas inteligencias q̃ o Conde de Castelmilhor meu antecessor tinha em Galiza, e q̃ do que rezultasse das mesmas inteligencias fizesse auizo a V. Mag.^{de} pella Secretaria do expediente como uou fazendo, neste correo recebo outra Carta de V Mag.^{de} pello Conselho de guerra sobre o mesmo particular em que V. Mag.^{de} me manda o mesmo, esta segunda ordem parece q̃ se encontra com a primeijra, por onde me pareceu suspender a resposta a carta que pello Cons.^o de guerra sobre este particular se me escreueu athe ter ordem de V Mag.^{de} em resposta desta pera saber a uia por onde hey de fazer estes auizos a V Mag.^{de} e para nelles se poder guardar o segredo q̃ conuem não sei se será ariscado fazerem-çe por hũ Cons.^o, e tinha por mais conueniente fazelo pella via por onde V Mag.^{de} pr.^o me auia mandado q̃ daly se poderá comunicar aos Conselhos, o q̃ V Mag.^{de} tiuer por conueniente q̃ nelles se saiba executar-ça o q̃ V Mag.^{de} ordenar. Cuja m.^{to} alta e Real pessoa Nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} annos. Ponte de Lima e M.^{co} 8 de 1649.

Bisconde

1649 — MARÇO — 14

A El Rey Nosso S.^{or}

Senhor. Em Saluaterra achey grande mormuração e escandalo de pouco respeito com q̃ o Capitão Thome de Paços tenente daquella praça falaua nos publicos das pessoas dos Condes de Castelmilhor, sendo elles por todos os respeitos capazes de serem tratados com toda a ueneração, asim por suas qualidades como por todas as mais partes q̃ se requerem pera calificar o Conde, por hũ general tam mereçedor de toda a honrra, fauor, e confiança q̃ V Mag.^{de} delle faz, e moderandoçe cada uez menos o dito Capitão Thome de Paços, me pareceu conueniente ao seruiço de VMag.^{de} fazer com elle algũa demonstração de castigo, e o mandey prezo ao Castelo de Crastro Laboreyro onde fica mandando meter na praça de Saluaterra em seu lugar a Luis de Oliueiros famel Tenente de Mestre de Campo general, lembrando a V Mag.^{de} deue mandar fazer algũa demonstração de castigo mayor com o dito thome de Paços, com que fique castigada a soltura com q̃ neste particular se ouue e seja exemplo aos mais no resp.^{to} com q̃ deuem ser tratadas as pessoas de semelhantes qualidades e postos. V Mag.^{de} ordenará o q̃ mais for seruido. Cuja m.^{to} alta e Real pessoa Nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} annos. Monção e m.^{co} 14 de 649.

Bisconde

1649 — MARÇO — 15

A El Rey Nosso S.^{or}
de faria Seuerim.Em mão do secretr.^o Gp.^{ar}

Senhor. Mandey saber a Galiza a rezão porq̃ se dilataua o cazam.^{to} del Rey de Castella, Juntamente com

todas as mais notícias q̄ ouuesse, o nosso correspondente respondeu da mão de hum Capellão seu o papel q̄ com este enuio a V Mag.^{de}; e por não ser da sua mão, senão alargou mais, eu lhe escreuo hoje pello Gou.^{or} do Castello de Crasto Laboreyro, e lhe mando algum dinheiro e regallos com q̄ elle acode a hũ sobrinho seu q̄ assiste em Madrid; De uolta espero me mande algũas cartas de Madrid. e todas as notícias q̄ mais puder alcançar, porq̄ asim lho mando pedir, e de tudo se fará auizo a V Mag.^{de} cuja m.^{to} alta e real pessoa nosso senhor g.^{de} m.^{tos} anos. Monção e m.^{co} 15 de 1649.

Bisconde

1649 — MARÇO — 24

A El Rey Nosso S.^{or}
de faria Seuerim.

Em mão do secret.^o Gp.^{ar}

Senhor. De uolta de correr as praças da frontr.^a em q̄ gastey estes dias todos, achei a carta do Governador de Castro Laboreiro com os escritos de Galiza q̄ com esta enuio a V Mag.^{de} e carta de Dom João Peres para mim em reposta da q̄ lhe escreuy, por ella uera V Mag.^{de} as noticias q̄ por aquella uia alcançamos, inda q̄ como m.^o Ortis não está de todo desembaraçado com a prizão do criado q̄ lhe prenderão, e occupação dos hospedes q̄ teue todos estes dias, q̄ forão o Auditor geral q̄ uinha em companhia do Conde de Santo Esteuão q̄ tambem andou correndo aquella aRaya, não teue tempo nem occasião pera auizar da sua letra, eu uou fomentando o mais que posso, e espero q̄ elle continue com a uerdade com que athe gora o fazia, e de tudo irey auizando a V Mag.^{de} Cujã m.^{to} alta e Real pessoa nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} anos. Monção e m.^{co} 24 de 1649.

Bisconde

1649 — MARÇO — 24

A El Rey Nosso S.^{or}No seu Cons.^o de Guerra.

Senhor. Em carta escrita em oito do corrente me faz V Mag.^{de} m.^{ce} referir o que aserca do Ajudante P.^o de faria se tem representado a V Mag.^{de} em rezão dos seru^{cos} ã fez na guerra do Brazil aonde seruiu m.^{tos} anos, e nas desta frontr.^a e o zelo, e bons proçedim.^{tos} com ã os tem continuado no Gouerno do Castello de Castro Laboreiro, de que está encarregado fazendo ã os moradores daquelle Cons.^o despois de se auerem retirado delle, e dezemparrado suas cazas e fazendas em rezão das continuas entradas do inimigo o tornasem a abitar, e coltiuar defendendo sempre com grande ualor, e aquelle Castello com tal rezolução, ã na occasião em ã o Marquez de Tauora Gouernando Galiza, ueyo sobre elle com trezentos Cauillos e sete mil infantes que despois de se desenganar de o poder render, se retirou com perda de gente e de reputação e fazendo tal guerra em Galiza, ã cansados os moradores della aceitarão contribuirme uoluntariam.^{te} só porã çessaçem os dannos ã por o ualor, e industria de P.^o de faria continuamente reçebião, sendo tam grande o seu prestimo, ã por meyo de sua diligencia se alcansauão com muyta facilidade as notiçias de Castella muy particulares, mandandosse Correos com toda a breuidade a procuralas em uarias occasioens, deuedosse tudo ao seu proçedimento. Aduirtindosse tambem ã tudo o referido se ficaria destruindo se P.^o de faria fosse tirado daquelle occupação, por quanto as pessoas ã seruem a V Mag.^{de} no Paiz do inimigo lhe deferem com uerdade, pello respeito, medo e boa correspondencia ã com elle tem, e que por este respeito conuiria ã lhe mandasse V Mag.^{de} passar patente de Capitão de jnfantaria com o soldo deste posto para com elle poder

continuar na occupação do gouerno do Castello de Castro Laboreiro.

V Mag.^{de} me manda q̃ tomando as noticias, e informações neçessarias de sobre este particular meu parecer, q̃ por eu estar bem informado de todos os particulares desta Carta de V Mag.^{de} detriminauão auizar a V Mag.^{de} quanto conuiria a seu seruiço q̃ a P.^o de faria se lhe desse patente de Capitão de jnfantaria para com o soldo do mesmo posto ficar gouernando o dito Castello pellas resoens q̃ a V Mag.^{de} sobre este particular se representarão, e demais da patente lhe deue V Mg.^{de} por carta sua mandar agradecer o q̃ no particular das intiligencias obra no seruiço de V Mg.^{de} V Mg.^{de} ordenará o de que mais for seruido A muyto alta e Real pessoã de V Mag.^{de} g.^{de} nosso S.^{or} m.^{tos} annos. Monção 24 de m.^o de 1649.

Bisconde

1649 — MARÇO — 24

A El Rey Nosso S.^{or}

No seu Cons.^o de Guerra

Senhor. Em carta escrita em dose do corrente me faz V Mg.^{de} m.^{ce} ordenar q̃ eu o auize com meu parecer no tocante a pertençaõ de João Losna de Labart a quem V Mag.^{de} hauia feito m.^{ce} por seus seruiços e merecim.^{tos} de hũa Companhia de Cauillos nesta Prouinçia pera a gozar com o soldo ordinario como a tinha. Antonio de queirós mascarenhas o que o dito João Losna nam quis açeitar uoltando para esta Prou.^{ca} a continuar a seruir o seu posto de Ajudante de Cauallaria como o fazia de antes e que de nouo se representou a V Mag.^{de} q̃ pello grande prestimo, zelo, e ualor deste frances, e ser elle sogeito m.^{to} benemeritto e capaz do posto de Capitão de Cauillos, se lhe deuia de dar o soldo por inteiro sem se reparar na demazia deste posto, porq̃ a rezão que para isto auia era que ficando Labart sem a companhia não ficaua sem o

soldo de Ajudante da Cauallaria que occupava, e dandosse a companhia a qualquer outro Capitão junto o soldo della ao q̃ hoje tem Labart uinha a ser mais do q̃ elle hoje pedia, representandoçe mais a V Mag.^{de} que pera V Mag.^{de} lhe fazer esta m.^{ce} quando não ouuera outra rezão, nem Labart tiuera em seu fauor outras couzas acompanhadas de seus seruiços bastava só para se lhe auer de fazer o que auia obrado na ocazião de 22 de Dez.^{ro} proximo passado em q̃ se derrotou hũa companhia de cauallos ao inimigo, e forão prezioneiros o Capitão e Tenente della, e outros soldados, e morto o furriel, deuendosse tudo ao singular valor e boa ordem com q̃ Labart se portou como principal autor da facção, saindo della ferido como ia o auia sido tres uezes o ueram passado.

Tudo o que neste particular se tem representado a V Mag.^{de} passa na uerdade, e assim não tenho eu nesta de nouo q̃ acrescentar senão conformarme com os pareceres q̃ sobre isto se derão a V Mag.^{de} e pedir a V. Mag.^{de} de m.^{ce} o effeito delles pello q̃ ao seruiço de V Mag.^{de} conuem o fazer honrra e m.^{ce} a Labart q̃ elle cada dia de nouo está mereçendo. V Mag.^{de} ordenará o q̃ mais conuier a seu seruiço. Cuja m.^{to} alta e Real pessoa Nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} annos. Monção 24 de março de 1649.

Bisconde

1649 — MARÇO — 31

A El Rey Nosso S.^{or}
de faria Seuerim.

Em mão do secret.^{ro} Gp.^{ar}

Senhor. Quando V Mag.^{de} foi seruido fazerme m.^{ce} de me mandar q̃ o uieçe servir a esta frontr.^a lembrei a V Mag.^{de} me fizesse m.^{ce} ter emtendido as grandes trapasças que por partes do Conde de figueiró se me fazião em hũa demanda q̃ com a Biscondeça minha molher tras sobre a caza de Mafra. Agora me auisão q̃ seu sobrinho

Dom P.^o de Alencastre, ualendoçe da auzença ã eu faço nesta frontr.^a como sempre fez em todas as occazioens ã eu a de Alentejo fui seruir a V Mag.^{de} intenta em nome do Conde de figueiró seu tio petiçoens de ã todos se espan-tão, e escandelizão, nem se lembrando ã a justiça assiste mais a quem anda com as armas na mão pello seu Rey do ã aquelle ã as encontra, e se atreueçe a pedir a V Mag.^{de} couzas ã nem a Iustiza nem a rezão fauoreçem. V Mag.^{de} se lembre dos ã com tanta fineza o estamos seruindo e desejando o Augmento de sua monarchia. A m.^{to} alta e Real pessoa de V Mag.^{de} g.^{de} nosso S.^{or} m.^{tos} annos. Mon-ção 31 de m.^{co} de 1649.

Bisconde

1649 — ABRIL — 8

A El Rey Nosso S.^{or}
de Faria Seuerim

Em mão do secret.^{ro} Gap.^{ar}

Senhor. V Mag.^{de} me fez m.^{co} dizer por carta sua escrita em 12 de m.^{co} em como o Conde de Castelmilhor estando ainda Governando esta Prou.^{ca} propuzera a V Mag.^{de} pera a companhia de infantaria ã nella uagou, por promoção do Capitão Ignacio do Rego Barreto, ao posto de Capitão Mor do gram Pará, a esteuão frz, e a Lourenço Craueiro com relação de seus seruiços, e porç V Mag.^{de} lhe tinha ordenado ã para esta Comp.^a lhe propuzesse tambem a fran.^{co} Soares de Castro, a cujo cargo está o Governo da praça de Monção aduirtira o Conde de Castelmilhor ã os não propunha sendo ã era sugeito, e muy benemerito, e digno de V Mag.^{de} lhes fazer m.^{co} por implicar muito ao seu posto o auer de ser Capitão em Saluaterra, por quanto em Monção aonde he Gou.^{or} assiste a Companhia do mestre de Campo, ã diz sobeja pera sua Guarnição, q.^{do} pera socorro de outras Prou.^{cas} se lhe não tira o mayor numero de soldados, mas ã como V Mag.^{de}

mandar dar a franc.^{co} Soares de Castro, o soldo de Capitão de infantaria como o tem os Capitains mores das fronteiras, entendia q̃ ficaria elle satisfeito e V Mag.^{de} seruido. V Mag.^{de} me manda q̃ tomando eu as notiçias necessarias o auize do q̃ sobre este particular se me offereçe, e como V Mag.^{de} tem em sua mão a Rellação dos seruiços do Ajudante Esteuão frz, e do Alferes Lourenço Craueyro, pello q̃ delles me consta propusera a V Mag.^{de} em primeiro lugar o dito Ajudante Esteuão frz, e em segundo ao Alferes Lourenço Craueyro, lembrando a V Mag.^{de} que a fran.^{co} Soarez de Castro conuem m.^{to} acomodalo, ou com comp.^a de infantaria, ou com o soldo della em rezão de ser pessoa muy capaz, e benemerita do seru.^{co} de V Mag.^{de} pello tratar com grande amor, e cuidado e despeza de sua propria fazenda, e no q̃ toca ao q̃ o Conde de Castelmilhor aduirtio q̃ não podia elle ser Capitão em Saluaterra e Gouernar a praça de Monção aonde de presente assiste a Companhia do mestre de Campo parece couza bem aduirtida, por onde me conformo tambem neste particular com o parecer do Conde entendendo q̃ será couza muy conueniente mandar V Mag.^{de} q̃ a fran.^{co} Soarez se lhe de o soldo de Capitão de infantaria como o tem os mais Gouernadores das Praças da fronteira. V Mag.^{de} ordenará o que mais conuier a seu seruiço. Cuja m.^{to} alta e Real pessoa nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} anos. Giella 8 de Abril de 1649.

Bisconde

1649 — ABRIL — 14

A El Rey Nosso S.^{or}
de Faria Seuerim.

Em mão do Secretr.^o Gp.^{ar}

Senhor. Pella Carta do Gou.^{or} do Castello de Castro Laboreyro e escritos q̃ com ella me emuiou q̃ tudo cõ

esta remetto a V Mag.^{de} entendera V Mag.^{de} as notícias q̃ estes dias hey alcansado por esta via suposto q̃ em hũ dos papeis dis se trata da Recondução dos Terços, e se farão sete mil e quinhentos infantes, entendo deuia errar o Algarismo; logo despachey a perguntar por isto, e com mais meudeza do effeito p.^a q̃ se faz tanta gente, q̃ athe agora nos dizem ser p.^a flandes, com o que resultar da repostada do proprio q̃ mandey farey auizo a V Mag.^{de} sendo couza capaz disso, e não deixará de ter algũa dilação em rezão de estarem os montes por onde corre esta comunicação cubertas de Neue; A m.^{to} alta e Real pessoa de V Mag.^{de} g.^{de} nosso S.^{or} por m.^{tos} anos. Ponte de Lima 14 de Abril de 1649.

Bisconde.

1649 — ABRIL — 22

A El Rey Nosso S.^{or}
de faria Seuerim.

Em mão do Secret.^{ro} Gp.^{ar}

Senhor. Na Villa de Vianna fós do Lima ha hũ Vreador q̃ serue este anno a que chamão João darrocha fagundez, homẽ q̃ me dizem esteue ja algũs mezes atado por doudo e agora deue andar outra ues capas de se tornar a fazer com elle o mesmo, pellas inquietaçoens q̃ cauza naquella Villa sem se atreuer ninguem com elle, e debaixo da capa de zello amotina cada dia aquelle Pouo chamando em qualquer occazião a que do Pouo e fazendo outros exçessos q̃ de nenhum modo conuem ao seru.^{co} de V Mag.^{de} e se pode temer que na Camara faça algũ motim q̃ de mayor cuidado, não tendo nisto nenhũa culpa os outros Vreadores seus companheiros, por onde informandome de toda a gente daquella Villa, asim plo q̃ elles dizem como pellos exçessos de q̃ o dito João darrocha uza, e pode uzar em algũa occazião q̃ nos faça danno,

deue V Mag.^{de} ordenar q̃ sem dilação q̃ elle seja suspen-
dido do off.^o de Vreador, e q̃ em seu lugar se elega logo
outro, entendendo V Mag.^{de} q̃ he asim grande conuenien-
cia de seu seruiço. A muito alta e Real pessoa de V Mag.^{de}
g.^{de} Nosso S.^{or} muitos annos. Monção. Abril 22. de 1649.

Bisconde

1649 — ABRIL — 22

A El Rey Nosso S.^{or} Em mão do secretr.^o Gp.^{ar}
de faria Seuerim.

Senhor. Passando pello Porto pera esta Prou.^{ca}
achey naquella Cidade prezo. a João do Amaral. de
Albuquerque, homẽ dos principais della, por hũa morte
pella qual foi sentençado em des annos p.^a o Brasil, e
por quanto depois disso lhe perdoou a parte por serem
parentes e estarem amigos, e o dito João de Amaral auer
seruido naquella Cidade de Capitão e acudir com satis-
fação a tudo o q̃ do seruiço de V Mag.^{de} se lhe ordenou
me pareceo dar a V Mag.^{de} conta do q̃ me mandou sini-
ficar, e era q̃ uisto não ter parte, mudandolhe V Mag.^{de}
o degredo que tem pera o Brasil p.^a esta Prou.^{ca} na praça
de saluaterra, ou qualquer outra q̃ V Mag.^{de} ordenar,
seruirá nella com seis criados a sua custa o q̃ me parece
não deixa de ser conueniente ao seruiço de V Mag.^{de} por
quanto ainda q̃ V Mag.^{de} lhe faz grande m.^{ce} na comu-
tação do degredo, tambem o seruiço de V Mag.^{de} auançar
os seis criados com q̃ elle hade assentar praça e seruir
na praça q̃ se lhe sinallar, sem receber soldo de V Mag.^{de}
e no Brazil hade seruir como homem q̃ uay cumprir seu
degredo, e nesta frontr.^a como obrigado da m.^{ce} q̃ neste
particular receber de V Mag.^{de} alem do q̃ como he pessoa
nobre, e aparentada seja occazião de algũa gente nobre,
assistir nesta frontr.^a de q̃ ella de presente esta falta.
V Mag.^{de} ordenara o q̃ mais conuier a seu Real seruiço.

Cuja m.^{to} alta e Real pessoa de V Mag.^{de} nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} anos. Monção Abril 22 de 649.

Bisconde

1649 — ABRIL — 22

A El Rey Nosso S.^{or}

No seu Cons.^o de Guerra

Senhor. O Auditor geral desta frontr.^a passou cartas aduocatorias afim de as justiças ordinarias, e as da Relação do Porto, remeterem a seu Juizo as cauzas dos soldados, e especialmente hũas culpas de Gaspar mendes de Vas.^{los} outro sy soldado, as quais cartas as justiças do Porto não quizerão comprir; fez o Auditor queixa a V Mag.^{de} neste Cons.^o de guerra, Iustificada com papeis correntes afim de se passar prouizão p.^a q̃ as culpas do dito Gaspar mendez de Vas.^{cos} se remeterem com effeito. Parece q̃ pella obrigação deste lugar, deuo dar conta a V Mag.^{de} do pouco cazo q̃ as justiças do Porto fazem da Jurisdição do Auditor, e a frustão com dilações e outros modos, de sorte q̃ os preuilegios dos soldados estão muy deminutos e sem obrarem couza algũa com grande perjuizo, e uexação dos soldados o que he menos seruiço de V Mag.^{de} ao q̃ se deue acudir com ordens expressas, p.^a q̃ as cartas se cumprão, e as culpas se remetão com effeito. V Mag.^{de} mandara o q̃ for mais seruiço de V Mag.^{de} Cuja m.^{to} alta e Real pessoa nosso S.^{or} g.^{de} Monção 22. de Abril de 1649.

Bisconde

1649 — MAIO — 3

A El Rey Nosso S.^{or}

No seu Cons.^o de Guerra

Senhor. Correndo hum dia destes com atenção toda a Campanha de Saluaterra, principal ás orilhas do Minho e uendo as terras q̃ o inimigo por todas aquellas partes

tem perdido, de que se não aproueita senão de algũas eruagens, e lenhas ã uem fazer em rezão das muitas ostelidades ã por aquellas terras, se lhes fizerão, e depois de perderem a Praça de Saluaterra, segundo tenho alcançado, o principal intento do Inimigo fazer o forte de São tiago de Aytona foi por entender ã sem elle ficauão as Armas de V Mag.^{de} senhoras de toda aquella Campanha e mais lugares, e Aldeas a ella sircumuezinhas e ã seria forçado aos Payzanos deixarem de todo as suas fazendas ou contribuirem voluntariamente as armas de V Mag.^{de} o que querendo euitar tratarão de fazer aquelle forte com tão grande dispendio e descomodidade do Reyno de Galiza, porã p.^a se auer de fazer juntou o Marquez de Aytona então Governador daquelle Reyno, catorze mil infantes de todo elle, e seis.sentos cauallos com a qual gente toda esteue sempre athe que de todo acabou o forte, o qual he na conformidade ã V Mag.^{de} sabe de quatro Beluartes com seis pessas de Artilharia e dous Pedreiros Governado por hum mestre de Campo, e guarnecido com hũ terço de jnfantr.^a paga, e duas comp.^{as} de cauallos, sendolhes de tão pouco, effeito ã não tem com elle obrado outra couza, mais que o liura. remçe de ã os Paysanos nos não contribuão, o que lhes estiuera melhor do ã sofrerem as grandes uexações, e opreçoens ã dos mesmos soldados, e guarnição do forte padeçem, e para ã de todo fiquem sem nenhũa vtilidade, e nos possamos laurar grande quantidade de terras na do Inimigo, e ainda obrigalos a mesma contribuição me parece se podia fazer com hũa pequena obra e de pouco custo, e de grande vtilidade a esta fronteira a meu uer, e he que como o Inimigo fez aquelle forte em ã meteo tão grande guarnição, e o fez fronteiro a Saluaterra, todas as uezes que pello Ryo asima quizermos intentar algũa couza he sempre com o risco de podermos ser cortados da gente do forte de São Tiago de Aytona não tendo senão ou essa retirada, ou a do Vao de Monção, ã tambem he arriscada e assy me parece ã fazendosse

hũa Atalaya da parte de Galiza em sima do Vao, capaz de se guarneçer com uinte soldados, ficauamos então Senhores da Campanha do Inimigo do mesmo modo que o podiamos ser se elle não tiuesse o seu forte porquanto com isto segurauamos o Vao para por elle entrar a gente do modo e maneyra ã quizermos, asim para o fazer das eruagens como a lenha de que a Campanha do Inimigo por aquella parte he abundantissima, e fazer por ella todas as mais ostelidades que quizermos intentar, tendo a nossa gente arretirada para a Atalaya e Vao ã com ella se segura, e o inimigo não ha de deitar a guarnição do seu forte fora p.^a tão longe como uem a ser hir cortar a nossa gente muito alem da Atalaya, expondosse a que fazendo e saindo logo a nossa de Saluaterra a fazerlhe opposição se arisca a perder o seu forte se o deixar, e tambem cõ esta Atalaya se ficão podendo laurar, e coltiuar todas as terras ã ha entre ella, e saluaterra, e todas as mais que ella para as mais partes descobrir, para as quais não faltarão muitos lauradores tanto ã tiuerem retirada pera Atalaya, e segura a passagem do Vao e tenho por sem duuida ã o Inimigo uendo a pouca vtilidade ã lhe seruirá o seu forte com esta obra, se porá em contribuição, e feita ella não acrescentamos Prezidios, ã he soo o erro ã na minha oppenião se podia reparar, porq.^{to} do de Saluaterra, e Monção se poderá guarnecer, ficando estas duas Praças m.^{to} mais segura do ã de antes estauão. Pareçendolhe a V Mag.^{de} ã esta obra ã digo tem fundamento para se intentar, tratarey de buscar os meynos de a por em effeito. A muito alta e Real pessoa de V Mag.^{de} g.^{de} nosso S.^{or} por m.^{tos} annos. Monção e Mayo 3 de 1649.

Bisconde

1649 — MAIO — 5

A El Rey Nosso S.^{or} Em mão do Secretr.^o Gp.^{ar}
de faria Seuerim.

Senhor. Remeto a V Mag.^{de} os auizos ã estes dias tiuer de Galiza por onde V Mag.^{de} entenderá como parte da gente ã todo este tempo se fez naquelle Reyno he embarcada p.^a flandez, e ainda asim tem sido em m.^{to} menos o numero da que mandauão leuantar, ã tal he a dificuldade com ã se faz e da Corunha fugio ia parte della, se estes dias não ouuer auizos tão a meudo, entenda V Mag.^{de} ã he porã o nosso correspondente principal me pedio mandaçe por ora lá poucas uezes, por quanto andauão com cuidado nelle, e ã se ouesse couza capaz de se auizar ou uiessem de Madrid algũas nouas que elle as mandaria logo. Não ha outra couza de ã fazer auizo a V Mag.^{de} cuja m.^{to} alta e real pessoa nosso Sr.^{or} g.^{de} m.^{tos} años. Monçam Mayo 5 de 1649.

Bisconde.

1649 — MAYO — 19

A El Rey Nosso S.^{or} Em mão do Secretr.^o Gp.^{ar}
de faria Seuerim.

Senhor. O S.^{or} Rey Dom João o 1.^o de glorioza memoria fez m.^{ce} a fernão de Annez de Lima meu oitauo Auô por se uir p.^a seu seruiço, e pellos grandes ã lhe fez, e em satisfação, e remuneração da grande caza ã em Galiza deixou por se uir p.^a seu seruiço de toda a caza ã meu Pay pesohia da coroa e eu hoie possuo, por a merçe do dito S.^{or} Rey Dom João o pr.^o ser feita de juro, e herdade p.^a sempre pera elle e todos seus desçendentes,

continuouçe o merecim.^{to} destes seruiços por grandes homens seus descendentes a quem os S.^{rs} Reys não fizeram nenhũa m.^{co} por ser a vltima q̃ a minha caza hoie pesue da Coroa feita por o S.^ot Rey Dom Afonço o quinto, Morreo meu Pay de setenta e quatro annos de Idade carregado de seruiços dos quais V Mag.^{de} logrou grande parte em discurso de oito annos e meyo sem hũa pequena, e limitada m.^{co}, quando pello seu prestimo e seruiço, Autoridade de sua pessoa, e grandes Postos q̃ occupou, julgauão todos q̃ V Mag.^{de} o adiantaria muito em honrras e m.^{ces}, querem q̃ a infilicidade chegue a tanto, q̃ em lugar disto duuide V Mag.^{de} mandarme passar carta de confirmação, sendo toda esta Caza de juro, e herdade do Bisconde de Villanoua de Serueira D. Lourenço meu Pay q̃ Deos haja, e herdandoa eu a quem V Mag.^{de} chama a annos Bisconde de Villa noua de Serueyra por cartas suas passadas pla Chancellaria, dizendome q̃ tomão por pretexto para q̃ V Mag.^{de} duuide de me mandar passar carta de confirmação o tocar esta sucessão a Dom Ioão frz de Lima meu irmão Auzente no Reyno de Castella, como se meu Pay por tantos seruiços feitos a V Mag.^{de} fora julgado por delinquente, ou eu a quem se defiriu a sucessão da sua Caza, por me achar habil p.^a ella ao tempo da sua morte estiuera condenado em algũa penna de comfiscção, quando eu cuidou q̃ uerdadeiram.^{to} se representão em min os seruiços de meus passados com os auer imitado nos q̃ tenho feito a V Mag.^{de} em os quais derramey o meu sangue, não me podendo ser empediemento a auzencia de meu irmão Vassallo del Rey de Castella com sua caza, Titolos, e fazenda em seus Reynos e natural delles, por essa cauza, e por esta mesma rezão comfirmou V Mag.^{de} a renunciação q̃ meu Pay q̃ D^s tem fez em min do Titolo de Bisconde, q̃ he a cabeça a que tudo o mais de minha Caza anda anexo; Não faço a V Mag.^{de} esta lembrança por entender q̃ V Mag.^{de} duuidará mandarme passar minha carta de confirmaçam porq̃ tenho por serto, e assim o deuo esperar da grandeza de

V Mag.^{de}, q̄ quando esta Caza não fora de juro, e herdade, e ficara uaga por morte de meu Pay, ma daria V Mag.^{de} logo, quando não ouuera outra rezão, por se não extinguir a memoria de tam grandes homens como forão os Senhores della, e vltimamente querer V Mag.^{de} conseruar a de meu Pay a quem por tantos respeitos o seruiço de V Mag.^{de} deuia tanto, mayormente caindo isto na minha pessoa, q̄ de presente me acho com as armas de V Mag.^{de} nas mãos, e de quem V Mag.^{de} tem fiado o gouerno dellas nesta Prouinça. A muito alta e real pessoa de V Mag.^{de} g.^{de} Ds̄ m.^{tos} annos. Ponte de Lima Mayo 19 de 1649.

Bisconde

1649 — MAIO — 27

A Antonio Pr.^a da cunha Secretr.^o do Cons.^o de Guerra de S. Mag.^{de} Do seru.^{co} de S Mag.^{de}

Senhor. V Mag.^{de} me ordena Remetendome hũa Carta do Cabido de Braga, em q̄ elle se queixa a V Mag.^{de} de Ant.^o de Abreu Governador da Praça de Valença mandar notificar ao Vigario geral e mais offeçiais de justiça, e Auditorio ecclesiastico q̄ de tempo immemorial rezide naquella Villa, senão sahiçe della a exercitar seu offiço, sob pena de os mandar buscar por hũa companhia á sua custa, como mais largamente se contem na mesma ordem q̄ torno a remeter a V Mag.^{de} queixandosse o Cabido asim disto em sua Carta como tambem dando a V Mag.^{de} m.^{tas} rezsoens porq̄ seja m.^{to} conueniente ao seruiço de Deos, e de V Mag.^{de} mudarçe daquella Praça o Auditorio ecclesiastico pera a Villa dos Arcos, e querendo eu tomar sobre esta materea as informaçoens, e noticias neçessarias para cõ ellas responder a V Mag.^{de} Iuntamente com meu parecer como V Mag.^{de} me manda, mandey noteficar asim aos offeçiais da Camara da Villa de Valença, como ao Cabido q̄ mandaçem alegar perante min as rezoens q̄

cada hũ tiuesse o Cabido p.^a se auer de mudar o Auditorio, e a Camara p.^a impedir q̃ se não mudaçe e em primeiro lugar respondendo á queixa q̃ o Cabido faz sobre a ordem q̃ Antonio de Abreu passou aos offeçiais e Vigairo geral, não ha duuida q̃ Antonio de Abreu excedeo m.^{to} o modo, intrometendoçe no modo em q̃ se auia de exerçitar a jurisdicção ecclesiastica, e metendosse em couza q̃ o não podia fazer e sobre q̃ não tinha nenhũa jurisdicção, mas tambem he certo q̃ obrou sem nenhũa malicia e só com o intento de imaginar seruia assy melhor a V Mag.^{de} em rezão de que da Praça senão sahiçe tanta gente e com isso imaginar ficaria mais ariscada a deffensa della, mas porq̃ senão entenda q̃ V Mag.^{de} Permite q̃ as justiças ecclesiasticas se faça molestia, e intrometão os ministros de Guerra naquillo em q̃ não podem ter nenhũa Iurisdicção, e o Cabido tenha algũa satisfação da justa queixa q̃ neste particular tem, e podendo proçeder com censuras contra Antonio de Abreu, como contra quem empedia a Iurisdicção, de q̃ não quiz uzar, remetendo tudo a ordem de V Mag.^{de} e de seus Conselhos, Deue V Mag.^{de} mandar estranhar a Ant.^o de Abreu a demazia com q̃ nisto se ouue, sem outra demonstração mais de castigo, porq̃ com isto entendo se da satisfaçam á queixa do Cabido, e não passe V Mag.^{de} a mayor demonstração com Ant.^o de Abreu uisto o q̃ obrou auer sido, por entender q̃ assim ficaua V Mag.^{de} melhor seruido, e no q̃ toca a se mudar o Auditorio alega por sy á Camara de Valença estar naquella Villa de tempo immemorial aquelle Auditorio, e proua com papeis, e sertidoens que athe gora senão tem feito as violençias que o cabido aponta na sua Carta, e pellas informasoins mais q̃ sobre a materea tirey acho o mesmo supposto q̃ algũas couzas se fizerão, mas nam de tanta consideração como o Cabido diz, o qual por sy não dá outra Proua ao q̃ escreue a V Mag.^{de} mais q̃ esse papel q̃ me remeteo de Payo da Costa Veloso q̃ foi Vigario geral naquella Praça, do qual não deue V Mag.^{de} fazer

nenhum fundam.^{to} porq.^{to} se se lhe fez algũa couza, sendo elle Vigairo geral, foi tão grande o occazião q̃ elle p.^a isso deu q̃ por ella podera o Cabido deixar de se seruir delle em nenhum off.^o q̃ tocasse a administração da justiça ecclesiastica, e respondendo a este particular de se mudar o Auditorio Digo q̃ mais liurem.^{to} se administrará a justiça estando elle em parte em q̃ não haja soldados, porq.^{to} as mais das cauzas q̃ nelle se tratão são de molheres que demandão suas honrras e outras couzas semelhantes a que uem molheres moças q̃ entre soldados não ficão m.^{to} seguras, mas tenho por grande inconueniente ao seruiço de V Mag.^{de} q̃ o Auditorio se mude de todo, por quanto elle consta de dezaseis, ou dezasete cazas de naturais daquela Villa, os quais saindosse della ficará a Villa dezerta, e com menos defenza, o q̃ não conuem, mayorm.^{to} sendo aquella praça fronteira a Cidade de Tuy, q̃ he a praça de armas do enemigo e assim me parece q̃ V Mag.^{de} deue mandar escrever ao Cabido, q̃ elle trate com os offeçiais do Auditorio, naturais, e moradores em Valença, q̃ se aue-nhão em uir escrever cada hum em seu mez, e assim se poderá mudar o Auditório, fazendo q̃ as partes possam requerer sua justiça liuremente sem ser em praça de soldados, e se euita o dano q̃ a praça receberia de se mudarem tantas cazas, porq̃ deste modo serão só quatro ou sinco as q̃ faltarão que de outro modo não sou de parecer q̃ o Auditorio se mude, e p.^a q̃ V Mag.^{de} com mais inteira informação e notiça proceda nesta materea, remeto cõ esta a V Mag.^{de} assim a ordem de Antonio de Abreu como as repostas q̃ o Cabido e Camara de Valença me derão sobre este particular. V Mag.^{de} ordenará o q̃ mais conuier a seu seruiço. Cuja m.^{to} alta e Real pessoa, nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} anos. Giella e Mayo 27 de 1649.

Bisconde

1649 — JUNHO — 2

A El Rey Nosso S.^{or} Em mão do Secretr.^o Gp.^{ar}
de faria Seuerim.

Senhor. Quando chegei a esta Prou.^{ca} achei q̃ o Conde de Castelmilhor sendo Governador das armas della auia mandado entregar a ordem da Camara da Cidade de Braga o Capitão de Cauillos Dom Alonço de Antelmo e passos q̃ auia sido prezoneiro no Campanha de Saluaterra e o seu Tenente com hum cabo de esquadra mais da sua Companhia. E já antecedentem.^{te} estaua prezo no mesmo Castello da Cidade de Braga outro Capitão de jnfanteria tambem Galego e sabendo eu q̃ ao dito Capitão de Cauillos se dauão mais liberdades das que comuinão escrevy hũa carta a Camara de Braga em seis de março, reprimendoos disto, e ordenandolhes puzessem o dito Capitão a bom recado, como V Mag.^{de} uerá da copia da Carta q̃ com esta remeto e da sua Reposta juntamente com a copia da segnuda Carta q̃ sobre este mesmo particular lhe escreuy, e estando eu nesta segurança sucedeu que na noute de uinte e dous pera uinte e tres do passado as duas horas depois de meya noute fugirão do dito Castello, o dito Capitão de Cauillos com o seu Tenente e cabo de esquadra, e Capitão de jnfanteria e cinco portuguezes mais prezos por cazos graues do q̃ eu fui sabedor ao dia seguinte a boca da noute q̃ a Camara me auizou com o rol dos correos q̃ auia expedido a todas as partes por onde elles podião passar, passey as mais ordens que me parecerão conuenientes, e por entender q̃ a tal fugida não podia suceder sem graue culpa das pessoas a quem os ditos prezos estauão entregues, e sem serem ajudados de mais gente, mandey ao Auditor geral áquella Cidade com a ordem de q̃ tambem mando a V Mag.^{de} a copia pera q̃ se tirasse deuaça do Cazo e o que athe a vltima carta q̃ tiue sua tinha obrado he o seguinte. Que os Regedores de Braga tanto

q̃ receberam a minha carta de q̃ asima faço menção encarregarão de nouo o Capitão Dom Alonco Antelmo ao Casereyro e disso fizerão autos e assim a elle como aos mais meteram na mais forte Torre q̃ auia no Castello onde estauão os prezos mais facinorozos, os quais erão outo afora dous Abb.^{os} e os quatro Galegos, os quais portuguezes estauão em ferros, e correntes no primeiro sobrado da Torre, e os quatro Galegos nos dous sobrados asima na mesma torre, ainda mais seguros, e todos se comunicarão afim de fugirem, tirando os dous Abb.^{es} de que ainda não constaua q̃ obraçem mais q̃ calarem, elles o negão e dizem q̃ não ouuirão nada, com verrumas grandes furarão a porta muy ameudadamente, e pellos buracos meudos da verruma quebrarão hũa taboa capaz de caber por ella hũ homẽ, e com hũa escada de taboas pegadas hũas nas outras com tornos fizerão hũa escada com que subirão ao muro do Castello, e pera a parte de fora se descolgarão por lançoens hũs nos outros q̃ elles tinhão na cama e depois de saidos forão guiados por hum negro ladrão de hum Gaspar de Souza de Menezes natural daquella Cidade q̃ no mesmo Castello estaua prezo por ladrão p.^a hũa mata muito grande q̃ o mesmo Gaspar de Souza tem perto de Braga que o negro bem sabia, e uendo a justiça q̃ o negro hya com elles foi buscar a quinta do seu senhor e nam os achando nem nouas delles e uendo os fugidos q̃ estauão emboscados q̃ os andauão buscando tratarão logo de fugir cada hũ p.^a sua parte, foram vistos dous Portuguezes q̃ ja hião fora da matta, os quais forão logo prezos, e indosse buscar os mais da matta assim por ella ser grande, como por ser ja perto danoite os não acharão, guardaram a matta athe q̃ amanheceu em q̃ uirão os capotes dos dous galegos fora da mata, e buscandoos nas mais matas uezinhas derão com o Tenente, o qual disse e dous Portuguezes mais q̃ forão achados ia meya legoa da mata, q̃ elles não puderão segir, os outros Galegos, e negro, que auia m.^{to} tempo de noute os auião

perdido nas matas; uagamente se dizia q̃ elles eram ja passados a Galiza, mas eu pellas diligências q̃ tenho feito não tenho ainda achado q̃ elles lá estejão, e cuido poderão andar ainda emboscados, pera o q̃ faço todas as diligências posiueis. O Auditor tinha prezo os negros de Gaspar de Souza por hũ delles ser Pay do que auia fugido e lhes leuar agoa e auizos, e ao mesmo Gaspar de Souza tinha retido em sua caza athe o vltimo auizo q̃ tiue do Auditor geral não constaua outra couza da deuaça, a qual acabada e feitas com ella as prizoens q̃ parecerẽ se remeterá a V Mag.^{de} com relaçam de tudo o mais q̃ se achar para V Mag.^{de} mandar obrar o q̃ mais conuier a seu seru.^{co} A m.^{to} Alta e Real pessoa de V Mag.^{de} g.^{de} Ds. m.^{tos} anos. Giella e Iunho 2 de 1649.

Bisconde

1649 — JUNHO — 2

A El Rey Nosso S.^{or} Em mão do Secretr.^o Gp.^{ar}
de faria Seuerim.

Senhor. Tornarão em Galiza a entenderem deuassas com o nosso principal correspondente, e teue contra sy hũa trabalhoza testemunha de q̃ me mandou auizar por o Capitam P.^o de faria Governador do Castello de Crasto Laboreyro medioneiro destas nossas correspondências como ja auizey a V Mag.^{de}, pediunos m.^{to} que o liurase-mos deste malçim de quem se temia m.^{to} por andar tambem induzindo outras testemunhas, e dandolhes parte do que sabia, como somos tão obrigados a este homẽ, e nos uay tanto na sua em rezão das boas intiligências q̃ por sua via se alcanção tratey de q̃ com todo o Risco o liurase-mos deste cuidado tirandolhe este homem encomendando a P.^o de faria que fosse de noite a sua caza que sam duas legoas por Galiza dentro, o q̃ elle fez leuando consigo algũs Galegos, e o chamarão de

noute pera fora de caza, e o tomarão sem ruydo, trazendomo P.^o de faria a esta Caza donde o mandey p.^a a Cadea de Vianna a entregar aos Vreadores p.^a q̃ nella o tenham a bom recado. O que agora conuem he q̃ o mandemos p.^a a India ou Brazil com ordem que não possa uoltar e com a que V Mag.^{de} sobre este particular me der o remeterey a ordem de quem V Mag.^{de} lhe parecer, entendendo V Mag.^{de} que nos uay m.^{to} em q̃ elle não torne a Galiza, porq̃ então de remate perderemos aquelle amigo cuja conseruação nos importa m.^{to} A m.^{to} alta e Real pessoa de V Mag.^{de} g.^{de} nosso S.^{or} m.^{tos} annos. Giella e junho 2 de 1649.

Bisconde.

1649 — JUNHO — 2

A El Rey Nosso S.^{or}

No seu Cons.^o de Guerra

Senhor. V Mag.^{de} me fez m.^{co} mandar aduirtir em Carta escrita em dezoito do passado como na mayor parte de Andaluzia auia muyta Peste que por descuido se auia pegado o contagio na Cidade de Lagos, e de Siluez do Reyno do Algarue, mandandome V Mag.^{de} q̃ tenha particular cuidado na guarda e vigilância de todos os lugares e Portos de Mar de minha jurisdiçam o q̃ eu auia já executado desda primeira noua q̃ aquy auia chegado, pondo guardas em todos os lugares q̃ me parecerão conuenientes as quais senão auião tirado ainda, e daqui por diante se fará com mayor cuidado, porq̃ tambem por uia de algũas intiligências tinha eu alcançado q̃ em Seuilha hia o mal m.^{to} por diante, de q̃ D^s nos queira liurar. A m.^{to} Alta e Real pessoa de V Mag.^{de} g.^{de} nosso S.^{or} m.^{tos} annos. Giella e junho 2 de 1649.

Bisconde.

1649 — JUNHO — 2

A El Rey Nosso S.^{or}
de faria Seuerim.

Em mão do Secretr.^o Gp.^{ar}

Senhor. Tanto q̃ Deos foi seruido leuar pera sy a meu Pay tomey eu logo posse de todas as terras do Biscondado q̃ me pertencião, por auerem sido dadas pello S.^{or} Rey Dom João o pr.^o de juro, e herdade as quais posses todas se me derão sem nenhũa contradição, e estando eu asim nesta forma chega ordem do juizo da Coroa de V Mag.^{de} em q̃ V Mag.^{de} manda se tome posse pla Coroa das terras do Biscondado sem se admitirem, nem tomar conhecim.^{to} de nehũs embargos, e q̃ os bens q̃ ficarão de meu Pay (q̃ Ds̃ tem) se ponhão em sequestro, e se me tirem a min seu filho e Bisconde como elle o foi, deuendosse tão diferente respeito e satisfação á memoria dos seruiços q̃ meu Pay fez a V Mag.^{de} e a authoridade da sua caza em q̃ eu o fiquey representando e ainda que o ser eu suçessor desta caza he couza q̃ por nenhũa via pode admitir duuida, comtudo tirandoseme a posse com violencia com o poder do braço de V Mag.^{de} e estando eu tão distante em seruiço de V Mag.^{de} e correndo as couzas a minha Reueria, podermeão inquietar contra justiça e contra rezão, e padecerá entretanto a minha Caza a desauthoridade de se uer por mãos de sequestros, e administradores q̃ não conuinha; e asim deue V Mag.^{de} ser seruido mandar ordenar que eu seja conseruado na minha posse athe q̃ o tempo de lugar de eu poder deixar a fronteira e hir a essa Corte representar a minha justiça, e rezão, de que ninguem duuidará sendo ella tão clara e manifesta como he. A m.^{to} Alta e Real pessoa de V Mag.^{de} g.^{de} nosso S.^{or} muitos annos como auemos mister. Giella 2 de junho de 1649.

Bisconde

1649 — JUNHO — 10

A El Rey Nosso S.^{or}No seu Cons.^o de Guerra

Senhor. Depois q̃ no Correo passado dei a V Mag.^{de} conta do successo dos Galegos q̃ fugirão do Castello da Cidade de Braga tiue auizo como em monte alegre se prenderão o Capitão de jnfanteria e o cabo de esquadra da Caualaria, e só faltaua o Capitão de Cauallos e mulato q̃ cõ elle hia.

O Auditor geral acabou a deuassa e fez informação do q̃ della constaua, q̃ me enuiu a qual cõ esta remeto a V Mag.^{de} E ordeney q̃ os culpados nella se puzessem em liuram.^{to}, mandando soltar Gp.^{ar} de Souza, contra quem não rezultou nada; o Capitão de caualllos pellas diligencias q̃ tenho feito, não consta ainda q̃ esteja em Galiza, continuaçe com as mesmas p.^a o effeito q̃ não sendo passado seya prezo e de tudo se hira fazendo auizo a V Mag.^{de} cuja m.^{to} alta e Real pessoa Nosso S.^{or} g.^{de} m.^{tos} anos. Giella e Junho 10 de 1649.

Bisconde

1649 — JUNHO — 13

A El Rey Nosso S.^{or}
de faria Seuerim.Em mão do Secretr.^o Gp.^{ar}

Senhor. Com o forte q̃ o Inimigo fez na campanha de Saluaterra, se persuadirão os Paizanos e naturais obrigados tambem das presuaçoens do Gouvernador de Galiza, e mais ministros del Rey de Castella, que se podião tornar a Pouzar os lugares q̃ no principio da Aclamação de V Mag.^{de} se auião entrado, e com effeito se uoltarem a elles todos os naturais, e estauão Senhores dos lugares e de suas cazas, cultivando suas fazendas como de antes, e o mestre de Campo Dom Alonco de

Saauedra Governador do forte de São Tiago de Aytona dando grandes seguros de que na sua Campanha não obrarião nada as armas de V Mag.^{de}, do que tudo tendo eu notiça, ordeney entrarlhes estes lugares, e com effeito se fez hoie dia de Sancto Ant.^o em q̄ mandey sahir desta praça trezentos infantes dos quais apartey sem mosqueteiros a cargo dos Capitaens Eleuterio Correa de Lacerda e M.^{el} de Barbeita acompanhados de quarenta caualllos vinte com João Losna Labart Ajudante da Cauallaria e os outros uinte com Diogo Pr.^a q̄ serue de Tenente de hũa tropa e com os outros duzentos infantes e resto da Cauallaria mandey o Sargento mayor L.^{co} de Amorim fosse segurar o passo p.^a a retirada em cazo q̄ os q̄ hião diante uiessem carregados do inimigo ou não pudessem conseguir o intento tiuessem onde se reparar. Ao amanheçer forão inuestidos os lugares de Linhares, Tortoreos (?), e Porto Pedrozo os quais logo forão entrados, e saqueados, e depois queimados, tranzendoçe mais de duzentas cabessas de gado groço, outro m.^{to} gado meudo sem perda de hũ so soldado morto nem ferido, estando se uendo tudo isto do seu forte, por junto do qual se ueyo retirando a minha gente com toda a preza, e despojos sem o mestre de Campo roncador intentar nada nem acudir a defensa destes lugares a quem fazião contribuir pera os soldados do forte; m.^{to} limitada facção he esta p.^a o dezejo q̄ eu tenho de obrar as mayores em seru.^{co} de V Mag.^{de} mas p.^a o estado das couzas, e poder com q̄ de prezente me acho não deixa esta de ser de vtilidade, e reputação das armas de V Mag.^{de} obrandoçe esta entrada sem p.^a ella se dar nenhũa opreção aos Pouos e gente das ordenanças. A m.^{to} Alta e Real pessoa de V Mag.^{de} g.^{de} Ds̄ m.^{tos} annos. Saluaterra Junho 13 de 1649.

Bisconde

(*Continua*).

