

**A IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA PRÉVIA NO PROCESSO DECLARATIVO
COMUM PORTUGUÊS: NOTAS COMPARATIVAS COM O DIREITO
BRASILEIRO¹⁻²**

***THE IMPORTANCE OF PRIOR HEARING IN THE PORTUGUESE COMMON
DECLARATIVE PROCEDURE: COMPARATIVE NOTES WITH THE BRAZILIAN
LAW***

Guilherme Brandão Gomes

Doutorando em Direito na NOVA School of Law (Portugal).
Licenciado e Mestre em Direito Forense pela Faculdade de
Direito da Universidade Católica Portuguesa- Escola de
Lisboa (Portugal). Bolseiro da Fundação para a Ciência e a
Tecnologia, I.P., desde 1 de outubro de 2018. Lisboa,
Portugal. E-mail: gomesguilherme349@gmail.com

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Licenciado, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade
Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) (Brasil). Pós-Doutor em
Direito pela University of Connecticut School of Law.
Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (desde
1995). Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ,
na Universidade Estácio de Sá e no Ibmecc (Brasil). Membro
do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do
Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e da

¹ Artigo recebido em 22/02/2020 e aprovado em 06/04/2020.

² No que ao Direito Português diz respeito, este artigo teve origem na investigação que o primeiro autor se encontra a desenvolver no âmbito da sua tese de Doutorado, investigação esta que é financiada pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., desde 1 de outubro de 2018 (Bolsa de Doutoramento SFRH/BD/139877/2018

(<https://www.fct.pt/apoios/bolsas/concursos/docs/Bolsas_2018_AvisoAberturaConcurso_PT.pdf> e
<<https://www.fct.pt/apoios/bolsas/concursos/individuais2018.phtml.pt>>).

Associação Internacional de Direito Processual (IAPL). Rio de Janeiro/RJ. E-mail: humbertodalla@gmail.com

RESUMO: Este trabalho pretende averiguar se, no âmbito do processo declarativo comum português e do procedimento comum brasileiro, é obrigatória a marcação de audiências orais na fase de saneamento e organização do processo. Concluiremos, através do estudo da audiência prévia portuguesa e das audiências de conciliação ou de mediação e de saneamento compartilhado brasileiras, que, não obstante o legislador pretender promover a realização destes atos depois da fase dos articulados, nem sempre eles se realizam e que casos há em que o processo pode decorrer inteiramente por escrito até à instrução, discussão e julgamento.

PALAVRAS-CHAVE: tentativa de conciliação; saneamento processual; processo declarativo comum; audiência prévia; sujeitos processuais.

ABSTRACT: This work intends to verify if, in the scope of the Portuguese common declarative procedure and in the Brazilian common procedure, it is mandatory to schedule oral hearings in the pre-trial phase. We will conclude, through the study of the Portuguese prior hearing and the Brazilian conciliation or mediation and organization hearings, that, although the legislator intends to promote the realization of these acts after the pleading phase, they are not always carried out and that there are situations in which the procedure can take place entirely in writing until the trial phase.

KEY WORDS: conciliation attempt; procedural organization; common declarative procedure; prior hearing; procedural subjects.

SUMÁRIO: 1. Introdução: o objetivo deste trabalho e metodologias utilizadas; 2. A audiência prévia portuguesa. 2.1. Convocação e objetivos. 2.2. Os casos de não realização. 2.2.1. Por imposição legal. 2.2.2. A dispensa de audiência prévia. 2.2.2.1. Ao abrigo do art. 593.º do NCPC. 2.2.2.2. Ao abrigo da adequação formal. 2.2.2.3. Por iniciativa das partes. 3. As audiências prévias à audiência de instrução e julgamento no procedimento comum brasileiro 3.1. A audiência de conciliação ou de mediação. 3.1.1. Convocação e

funcionamento. 3.1.2. Os casos de não realização. 3.1.3. Possibilidade de dispensa pelo juiz ou por negócio jurídico processual? 3.2. A “audiência de saneamento compartilhado”. 3.2.1. Convocação e funcionamento. 3.2.2. Os casos de não realização. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução: o objetivo deste trabalho e metodologias utilizadas

Como recorda Paulo Pimenta³, o n.º 1 do art. 591.º do Código de Processo Civil Português de 2013 (NCPC) prevê como regra geral, no âmbito do processo declarativo comum, a marcação de uma audiência na fase que medeia os articulados e a discussão e julgamento. É a chamada audiência prévia, que pretende “assegurar, com efectividade, a aproximação entre as partes, e estas e o tribunal, através de uma cultura de diálogo”⁴ e que é “um dos expoentes máximos da oralidade e da cooperação que caracterizam o processo civil moderno”^{5 6}.

Por sua vez, segundo Cassio Scarpinella Bueno⁷, o art. 334 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (NCPCB) estabelece como regra no procedimento comum a obrigação de o juiz, após a elaboração do denominado “juízo positivo de admissibilidade da petição inicial”, chamar o réu ao processo, para que este, em vez de apresentar de imediato contestação, compareça à audiência de conciliação ou de mediação.

Ademais, nos termos do art. 357, 3.º parágrafo, do mesmo diploma legal, o juiz deve designar o que Eduardo Talamini designa de “audiência de saneamento compartilhado”⁸ nos processos complexos em matéria de fato ou de direito, de forma a que o saneamento seja feito em cooperação com as partes.

Neste panorama, podemos ser levados a pensar que, tanto no âmbito do processo declarativo comum português como no do procedimento comum brasileiro, é obrigatório existir uma audiência entre a fase dos articulados e a instrução, discussão e julgamento.

³ PIMENTA, Paulo. *Processo Civil Declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 225-226.

⁴ *ibidem*, p. 225.

⁵ *idem*

⁶ Neste trabalho, não iremos abordar a oralidade enquanto princípio do Processo Civil Português e Brasileiro, limitando-nos apenas a estudar o funcionamento das três audiências *supra* referidas.

⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 323.

⁸ TALAMINI, Eduardo. Comentário ao artigo 357.º In BUENO, Cassio Scarpinella [et al]. *Comentários ao Código de Processo Civil- Arts. 318 a 538- Parte Especial- Vol 2*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 191.

Este trabalho tem como objetivo principal averiguar se este raciocínio está correto. Por outras palavras, procuraremos determinar se, efetivamente, as audiências acima referidas são de realização obrigatória em todo e qualquer processo ou se, ao invés, casos existem em que estes atos não se realizam por expressa disposição da lei ou poderão ser dispensados por iniciativa do juiz ou das próprias partes que não desejam a sua realização.

Para o efeito, começaremos por estudar a audiência prévia portuguesa, enunciando os seus objetivos e o modo como o juiz procede à sua convocação. Posteriormente, procederemos à enunciação dos casos de não realização e de dispensa desta audiência, nos termos dos artigos 592.º, 593º e 547.º do NCPC.

O mesmo raciocínio valerá, no que ao procedimento comum brasileiro diz respeito, para a audiência de conciliação ou de mediação e, posteriormente, para a “audiência de saneamento compartilhado”. Analisaremos, a propósito das duas audiências, e através do estudo dos artigos 334 e 357, 3.º parágrafo, do NCPCB e de jurisprudência e de doutrina sobre a matéria, os casos em que estes atos são convocados e podem ser dispensados por iniciativa do juiz e das próprias partes.

Tal metodologia permitir-nos-á estudar pormenorizadamente as três audiências acima referidas e verificar se e em que casos estas se realizam, contribuindo assim para que atinjamos o objetivo final do presente artigo.

2. A audiência prévia portuguesa

2.1. Convocação e objetivos

Como recorda José Lebre de Freitas⁹, nos termos do art. 591.º, n.º 1, do NCPC, o juiz deverá, depois do cumprimento do despacho pré-saneador ou, não existindo este ato no processo, logo após a fase dos articulados, convocar audiência prévia, a realizar em trinta dias, com uma série de finalidades alternativas ou cumulativas. Estas finalidades deverão ser sempre indicadas no despacho que designa esta audiência, tal como prevê o n.º 2 do mencionado preceito legal¹⁰.

⁹ FREITAS, José Lebre de. *A Ação Declarativa Comum - À Luz do Código de Processo Civil de 2013*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 169.

¹⁰ PIMENTA, Paulo. *op.cit.*, p. 228.

Em primeiro lugar, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 591.º, a audiência prévia poderá servir para se proceder à tentativa de conciliação das partes.

Paulo Pimenta¹¹ sublinha que esta finalidade deverá ser indicada sempre que o juiz considere útil a tentativa de aproximação das partes nesta fase do processo, onde ainda existe incerteza quanto ao resultado final. Será vantajoso que, nesta fase, o autor e o réu reflitam sobre o conteúdo dos articulados e prevejam o resultado da produção de prova em audiência final e as vantagens e desvantagens de porem termo ao litígio por transação¹².

Além do mais, nos termos da 1ª parte da alínea b) do mencionado n.º 1, o juiz poderá marcar audiência prévia sempre que pretenda apreciar exceções dilatórias, de forma a permitir que as partes discutam a matéria de fato e de direito,

Segundo José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre¹³, através do despacho saneador previsto nos termos do art. 595.º do NCPC, o juiz verificará se os pressupostos processuais estão preenchidos. Contudo, antes de o fazer, deverá assegurar o contraditório sempre que a exceção dilatória não seja evidente e insanável ou não tenha sido sanada depois de convite feito no despacho pré-saneador, sendo a audiência prévia o momento em que a contraditoriedade deve ser exercida¹⁴.

A audiência prévia também poderá servir, nos termos da 2ª parte da mencionada alínea b), para que, o juiz permita que o autor e o réu discutam a matéria de facto e de direito, sempre que pretenda conhecer do mérito da causa,

Isto porque estão vedadas as decisões de mérito no despacho saneador que não tenham sido precedidas de uma discussão entre as partes, a não ser quando os fatos controvertidos só possam ser provados por documento e este não tenha sido apresentado, com desrespeito do convite feito no despacho pré-saneador, ou quando ocorra uma das situações previstas entre as alíneas b) e d) do art. 568,º (não houve contestação e: 1- o réu ou algum dos réus é incapaz e o processo se situa no âmbito da sua incapacidade, 2- o réu ou algum dos réus foi citado editalmente e não intervém no processo, 3- a vontade das

¹¹ *idem*

¹² *ibidem*, p. 229.

¹³ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil- Anotado- Volume 2.º- Artigos 362.º a 626.º*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 640.

¹⁴ *ibidem*, pp. 640-641.

partes é ineficaz para se produzir o efeito jurídico que a ação pretende obter e 4- os factos alegados têm de ser provados por documento escrito¹⁵).

Nos termos da 1ª parte da alínea c) do n.º 1 do art. 591.º, a audiência prévia também poderá servir para que se proceda à discussão das posições das partes com vista à delimitação dos termos do litígio.

Segundo José Lebre de Freitas¹⁶, do art. 7.º, n.º 2, decorre a possibilidade de o juiz ouvir as partes em qualquer fase do processo, convidando-as a esclarecer a matéria de fato ou de direito. Consequentemente, aquele deverá convocar audiência prévia para discussão e esclarecimento do alegado nos articulados sempre que considerar que tal finalidade se revela essencial para uma melhor compreensão do objeto do litígio¹⁷.

Por sua vez, a 2ª parte da alínea c) do n.º 1 do art. 591.º permite a convocação da audiência prévia com a finalidade de suprimir insuficiências ou imprecisões nos articulados. Sempre que o juiz constatar esta situação e não tenha, através do despacho pré-saneador, convidado as partes a corrigir ou completar os articulados ou considerar que o aperfeiçoamento ou completamento não é ainda suficiente, poderá convocar a audiência prévia com esta finalidade¹⁸.

Além do mais, a audiência prévia poderá ser utilizada para a correção de insuficiências ou imprecisões que se revelem evidentes na sequência da discussão havida entre as partes no próprio ato¹⁹.

Nesta matéria, é importante referir a necessidade de redução a escrito das alegações feitas na audiência prévia que tenham tido em vista os aperfeiçoamentos e a resposta às mesmas, já que estas constituem a versão factual de cada parte e, portanto, carecem de ser adicionadas ao que consta dos articulados.

Ademais, é necessário que, na prossecução das finalidades previstas na referida alínea c), o juiz tenha “uma postura ativa e dialogante”²⁰ e provoque e participe na discussão que visa determinar o objeto do litígio ou identifique as imprecisões ou

¹⁵ *ibidem*, p. 641.

¹⁶ FREITAS, José Lebre de. *op.cit.*, p. 173.

¹⁷ *idem*

¹⁸ *idem*

¹⁹ PIMENTA, Paulo. *op.cit.*, p. 234.

²⁰ *ibidem*, p. 232.

insuficiências que considera existirem na matéria de fato, dado que foi ele quem convocou a audiência prévia para este efeito²¹.

A alínea d) do n.º 1 do art. 591.º permite a convocação da audiência prévia com a finalidade de prolação de despacho saneador (art. 595.º do mesmo diploma legal).

Como recorda Paulo Pimenta²², este despacho- cuja finalidade consiste na decisão de questões técnico-processuais (exceções dilatórias ou nulidades processuais) e/ou, quando tal seja possível, do mérito da causa- é uma figura distinta da audiência prévia e constitui um ato obrigatório do processo declarativo comum, ainda que tal audiência não seja convocada.

Contudo, realizando-se audiência prévia, o despacho deve ser proferido oralmente, a não ser que as questões a resolver sejam complexas e seja necessária a sua prolação por escrito²³.

Ademais, a alínea e) do n.º 1 do art. 591.º permite que o juiz convoque a audiência prévia com a finalidade de proceder, após debate com as partes, à adequação formal, à simplificação ou à agilização processual.

Segundo José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre²⁴, o juiz pode, depois de proferir despacho saneador, verificar que a forma legal tem de ser ajustada às especificidades da causa e, desta forma, adotar a tramitação mais adequada ao caso concreto ou adaptar a forma dos atos ao fim que visam atingir, no uso dos poderes-deveres de gestão processual e de adequação formal previstos nos arts. 6.º e 547.º do NCPC.

Essa adequação tem normalmente como objetivo a simplificação das causas de valor igual ou inferior a 15.000 euros (art. 597.º, alínea d)) mas pode também introduzir novos atos na tramitação de processos para o qual o modelo legal não seja o mais adequado, complexificando deste modo sua tramitação²⁵.

Importa recordar que as decisões tomadas neste âmbito terão sempre em vista as circunstâncias específicas do caso *sub judice*, em face do conteúdo dos próprios articulados

²¹ *ibidem*, pp. 232-233.

²² *ibidem*, pp. 234 e 237.

²³ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *op.cit.*, p. 643.

²⁴ *idem*

²⁵ *idem*

e do que o juiz considera que será o desenrolar do processo²⁶. Além do mais, terão sobretudo em vista a fase de instrução e necessitarão, em regra, do acordo das partes²⁷.

Contudo, é possível que, sem o acordo das partes mas depois de estas terem sido ouvidas, sejam adotadas determinadas soluções de adequação formal, como é o caso da alteração do pedido e da causa de pedir fora dos limites previstos nos arts. 264º (modificação bilateral) e 265.º (modificação unilateral)²⁸.

Por sua vez, a 1ª parte da alínea f) do n.º 1 do art. 591.º estabelece como finalidade da audiência prévia a prolação, depois de debate com as partes, do despacho sobre o objeto do litígio e de enunciação dos temas da prova, previsto no art. 596.º do mesmo diploma legal.

Para José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, este despacho pretende proceder “à explicitação dos pedidos deduzidos sobre os quais haja controvérsia e das questões fundamentais (causas de pedir e exceções) que se encontram controvertidas e servirão para orientar, num momento subsequente, a atividade probatória”²⁹.

Ao contrário do que acontecia com a anterior base instrutória, os temas da prova constituem apenas questões genéricas e podem ser elaborados através de qualificações jurídicas, com base na causa de pedir e das exceções alegadas pelas partes. Corresponderão a “...questões formuladas de modo abrangente, que orientem a posterior produção de prova, sem, todavia, a condicionar ou restringir”³⁰.

Além do mais, nos termos do art. 596.º, n.º 2, as eventuais reclamações ao despacho que for elaborado na audiência prévia terão de ser feitas e decididas nesse ato.

Por fim, a alínea g) do n.º 1 do art. 591.º estabelece como finalidade da audiência prévia a programação dos atos a realizar na audiência final, o estabelecimento do número de sessões e a sua provável duração e a designação das respetivas datas.

Segundo Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Gomes Loureiro³¹, a programação da audiência final ou *time-tabling* passa a ser um dos objetivos principais daquele ato,

²⁶ PIMENTA, Paulo. *op.cit.*, p. 235.

²⁷ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa Gomes. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil- Os Artigos da Reforma*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014, p. 528.

²⁸ *ibidem*, p. 529.

²⁹ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *op.cit.*, p. 669.

³⁰ *ibidem*, p. 670.

³¹ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa Gomes. *op.cit.*, pp. 529-530.

devendo haver “um acordo expresso” entre juiz e advogados nesta matéria que deve ser cumprido no futuro (art. 602.º, n.º 2, alínea a) do mesmo diploma legal).

Por fim, importa referir que a audiência prévia também poderá ter finalidades complementares, que, por serem secundárias, não justificam, por si, a sua realização³². São elas a resposta às exceções deduzidas no último articulado admissível, a apresentação de articulado superveniente (fatos objetiva ou subjetivamente supervenientes), a alteração do requerimento probatório, a admissão ou rejeição dos meios de prova constituídos e a ordem de prestação de depoimento de parte nos termos do art. 456.º, n.º 3, do NCPC.

2.2. Os casos de não realização

Vimos anteriormente que a audiência prévia constitui a regra geral no processo declarativo comum.

Além do mais, como recorda o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 12 de setembro de 2019, da Juíza Desembargadora Relatora Judite Pires³³, sempre que a lei impõe a realização de audiência prévia e esta não é realizada, existe uma nulidade processual nos termos do art. 195.º, n.º 1, do NCPC (omissão de um ato que a lei prescreve), nulidade essa que pode ser arguida em sede de recurso e conduzir à revogação da decisão que dispensou o ato.

Contudo, como qualquer regra, também esta admite exceções: há determinadas situações em que a audiência prévia não se realiza ou pode ser dispensada e em que, consequentemente, o processo decorre ou pode decorrer todo por escrito até à audiência final.

2.2.1. Por imposição legal

³² FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *op.cit.*, pp. 644 e 646.

³³ Ac. TRP de 12.09.2019, Proc. 2470/09.2TBMAI-A.P1, disponível em <<http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ce8c13caf554cf318025848e0038de62?OpenDocument>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

Como recorda Paulo Pimenta³⁴, apesar de a lei pretender que, regra geral, a audiência prévia tenha lugar enquanto preparação da audiência final, o n.º 1 do art. 592.º do NCPC prevê duas situações de não realização daquele ato.

O primeiro caso vem previsto na alínea a) deste preceito legal: a audiência prévia não se realizará nas ações não contestadas, sempre que se verifique uma das situações previstas no art. 568.º, alíneas b) a d), do NCPC. Só não será assim se a ação tiver de terminar no despacho saneador, por não haver mais prova a produzir ou por se verificar uma exceção dilatória insanável que ainda não tenha sido debatida nos articulados³⁵.

Esta solução explica-se pelos fatos de, quando o réu é revel, faltar uma das partes que deveria entrar no debate objeto da audiência prévia e de a simplicidade da causa justificar, neste caso, que se dispense este ato.

Por sua vez, a alínea b) do mencionado n.º 1 estabelece que a audiência prévia não se realiza sempre que o processo deva terminar no despacho saneador pela procedência de uma exceção dilatória que já tenha sido debatida nos articulados.

Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Gomes Loureiro³⁶ indicam que este caso se verifica sempre que as partes já se tenham pronunciado ou tenha podido pronunciar-se sobre a exceção e não o fizeram. São disso exemplo, nomeadamente, as situações em que: 1- o processo admite réplica, 2- o juiz permitiu a utilização de um terceiro articulado para que o autor se pronunciasse sobre as exceções deduzidas na contestação, 3- o juiz, em despacho liminar, e no uso da adequação formal, permitiu que as partes se pronunciassem sobre a questão em requerimento avulso, 4- o autor já analisou a questão na petição inicial e antecipou tudo o que o réu alegou na contestação, 5- a exceção é de conhecimento oficioso.

Por outro lado, importa referir que esta alínea b) não pode funcionar nos processos em que ocorram exceções que não tenham sido debatidas nos articulados, mesmo que o réu possa ser absolvido da instância em sede de despacho saneador³⁷. Neste caso, quer a exceção dilatória seja suscitada oficiosamente, quer tenha sido deduzida pelo réu, o juiz só

³⁴ PIMENTA, Paulo. *op.cit.*, p. 289.

³⁵ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *op.cit.*, p. 648.

³⁶ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa Gomes. *op.cit.*, p. 532.

³⁷ PIMENTA, Paulo. *op.cit.*, p. 289.

poderá decidir a exceção depois de ouvir ambas as partes, no primeiro caso, ou o autor, no segundo caso³⁸

Ademais, é de salientar que a mencionada alínea b) apenas se aplica quando deva proceder uma exceção dilatória, e não quando estejam em causa a procedência de exceções perentórias ou eventuais decisões sobre o fundo da causa³⁹.

2.2.2. A dispensa de audiência prévia

2.2.2.1. Ao abrigo do art. 593.º do NCPC

Nos termos do n.º 1 do art. 593.º do NCPC, a audiência prévia poderá ser dispensada sempre que a ação deva prosseguir e este ato apenas sirva para a prossecução de alguma das finalidades previstas nas alíneas d), e) e f) do n.º 1 do art. 591.º do mesmo diploma legal (prolação de despacho saneador e do despacho sobre o objeto do litígio e enunciação dos temas da prova, decisão das reclamações a este despacho ou determinação, após debate, da adequação formal, da simplificação ou da agilização processual).

Neste caso, o legislador permite que o juiz, casuisticamente, dispense a audiência prévia sempre que com ela apenas pretenda atingir uma das três finalidades acima mencionadas⁴⁰. Contudo, por esta dispensa não ser a melhor solução, o n.º 2 do mencionado art. 593.º do NCPC obriga o magistrado que dispensa a audiência prévia com fundamento no mencionado preceito legal a, nos 20 dias posteriores aos termos dos articulados, cumprir as finalidades em falta⁴¹.

Nos termos do n.º 3 do mencionado preceito legal, depois de notificadas, qualquer das partes pode, neste caso: 1- reclamar do despacho saneador, de adequação formal, simplificação e agilização processual ou de identificação do objeto do litígio e de enunciação dos temas da prova já elaborados pelo juiz ⁴² ou 2- requerer a realização de audiência prévia no prazo de 10 dias a contar da notificação, se entender que tal ato deve realizar.

³⁸ *ibidem*, pp. 289-290.

³⁹ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa Gomes. *op.cit.*, p. 533.

⁴⁰ PIMENTA, Paulo. *op.cit.*, p. 291.

⁴¹ *ibidem*, p. 293.

⁴² *ibidem*, p. 294.

Existe, no dizer de Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro, um “direito potestativo a uma audiência prévia”⁴³: a parte introduz este ato na sequência da tramitação do caso *sub judice* e, se o juiz não o agendar, comete uma nulidade processual por omissão de ato devido. É a chamada “audiência prévia potestativa”⁴⁴.

José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre defendem a possibilidade de as reclamações aos despachos proferidos pelo juiz serem feitas por escrito, em 10 dias, sendo também de 10 dias o prazo para a resposta e para a decisão sobre a reclamação⁴⁵.

Com esta opinião discorda Paulo Pimenta⁴⁶, para o qual as reclamações deverão ser obrigatoriamente feitas na audiência prévia potestativa. Neste caso, o reclamante indicará, no requerimento, quais os despachos sobre os quais incidirá a reclamação e, na audiência a realizar, exporá a sua posição, após o que a parte contrária se pronunciará e o juiz decidirá.

Por fim, importa referir que, para Paulo Ramos de Faria e Ana Luísa Loureiro⁴⁷, a audiência prévia poderá ser dispensada com fundamento no mencionado n.º 1 sempre que o tribunal entender que a exceção deduzida na contestação deve ser julgada improcedente (sublinhado nosso), uma vez que aqui não é necessário haver um debate adicional e o processo não acaba no despacho saneador.

2.2.2.2. Ao abrigo da adequação formal

Além do caso de dispensa expressamente referido no art. 593.º do NCPC, é possível equacionar a possibilidade de não realização da audiência prévia ao abrigo do princípio da adequação formal previsto na 1ª parte do art. 547.º do mesmo diploma legal.

Uma possibilidade de dispensa deste ato encontra-se expressamente estabelecida na lei no âmbito dos processos de valor igual ou inferior a 15.000 euros. Estamos a falar da já mencionada alínea d) do art. 597.º do NCPC, que permite que o juiz, ao abrigo da adequação formal, dispense neste tipo de processos, após a audição das partes, a audiência prévia, adotando a tramitação mais adequada ao caso *sub judice*.

⁴³ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa Gomes. *op.cit.*, p. 538.

⁴⁴ PIMENTA, Paulo. *op.cit.*, p. 294.

⁴⁵ FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *op.cit.*, p. 652.

⁴⁶ PIMENTA, Paulo. *op.cit.*, p. 294.

⁴⁷ FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa Gomes. *op.cit.*, pp. 532 e 533.

Contudo, também é possível a dispensa deste ato nos processos de valor superior a 15.000 euros.

No que à jurisprudência portuguesa diz respeito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 23 de outubro de 2018, do Juiz Desembargador Relator Rijo Ferreira⁴⁸, refere que “A realização da audiência prévia não deve ser abordada numa dicotomia maniqueísta entre obrigatório ou facultativo, mas numa ponderação finalística”, devendo realizar-se apenas quando for o meio mais adequado para realizar os objetivos que ele pretende.

Uma possibilidade de dispensa da audiência prévia já adiantada pela jurisprudência ocorrerá quando as questões a decidir forem dotadas de simplicidade e não houver controvérsia doutrinal nem jurisprudencial sobre a sua solução. Para a possibilidade desta dispensa, aponta o Acórdão do TRP de 27 de setembro de 2017, do Juiz Desembargador Relator Aristides Rodrigues de Almeida⁴⁹.

Quanto a nós, somos da opinião de que *a audiência prévia deverá ser dispensada sempre e quando a tramitação mais adequada ao caso concreto implicar a não realização deste ato. Isto é, o juiz deve, no cumprimento do princípio da adequação formal, verificar qual a tramitação mais adequada às especificidades da causa e, se concluir que a tramitação mais adequada implica a não realização de audiência prévia, deve dispensar este ato, depois de ouvidas as partes e com a concordância destas.*

Concretizando, consideramos que a dispensa de audiência prévia deverá funcionar não só nos casos acima mencionados mas também noutros.

Um exemplo que poderemos adiantar serão os processos que, por dizerem respeito a um grande número de partes (quer do lado ativo, quer do lado passivo quer dos dois), implicariam a designação de várias sessões de audiência prévia para que se cumprissem todas as finalidades deste ato. Neste caso, o juiz deverá, no uso da adequação formal, perguntar se as partes concordam com a dispensa da audiência prévia, atendendo ao circunstancialismo acima mencionado, e, no caso de ninguém se opor, deve dispensar este

⁴⁸ Acórdão do TRL de 23.10.2018, Proc. 1121/13.5TVLSB.L1-1, disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9cb2a458e23509ad8025833000569433?OpenDocument>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁴⁹ Acórdão do TRP de 27.09.2017, Proc. 136/16.6T8MAI-A.P1, disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/3271cbae21e34567802581b80030a4ff?OpenDocument>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

ato, convidar as partes a expor as suas posições por escrito e proferir os despachos saneador e sobre o objeto do litígio e os temas da prova também por escrito.

Solução semelhante deverá ocorrer quando as partes e/ou seus mandatários residam ou tenham domicílio em áreas muito distantes da comarca onde o processo se encontra pendente e a deslocação à audiência prévia implique grandes custos monetários para estes. No caso de nenhuma das partes se opor, também cremos que este ato também pode ser aqui dispensado.

Além do mais, existem processos em que, em sede de audiência prévia, se frustra a tentativa de conciliação e está em causa matéria de fato ou de direito complexa ou técnica que o juiz não domina (caso dos litígios entre empresas da mesma área ou de incumprimento de contrato de empreitada). Nestas situações, cremos que o juiz deve perguntar às partes se, atendendo à alegada complexidade, não desejam apresentar as suas alegações sobre a matéria controvertida por escrito e a prolação dos despachos saneador e sobre o objeto do litígio também por escrito. Havendo acordo das partes, a audiência prévia não continuará.

Fora destes casos, somos de considerar que, sempre que a audiência prévia trazer mais prejuízos do que benefícios ao processo e for desajustada ao circunstancialismo do caso *sub judice*, também ela deverá ser dispensada, correndo o processo todo por escrito até à audiência final, desde que as partes não se oponham à sua não realização.

Em conclusão, *a audiência prévia só se deverá realizar quando tal for a solução mais ajustada ao circunstancialismo específico do processo. Em caso contrário, o juiz deverá comunicar às partes a utilidade/necessidade da dispensa, fundamentando-a, e, no caso de obter a sua concordância, deverá dispensar este ato e realizar o saneamento do processo por escrito.*

2.2.2.3. Por iniciativa das partes

Para além das hipóteses acima mencionadas, somos também da opinião de que as partes podem ter a iniciativa de acordar na dispensa da audiência prévia em certos casos.

É verdade que o NCPC não prevê expressamente esta hipótese e que a adequação da tramitação é efetuada, no nosso ordenamento jurídico, por ato do juiz com o acordo das partes, ao abrigo da 1ª parte do art. 547.º do mesmo diploma legal.

Contudo, também é verdade que as partes podem, enquanto sujeitos processuais, estar de acordo na desnecessidade ou no desajustamento da audiência prévia ao circunstancialismo do *caso sub judice*.

Esta constatação poderá surgir, quanto a nós, quer por escrito (antes de ser designada audiência prévia), quer oralmente, quando já iniciada, ou na tentativa de conciliação marcada em separado da audiência prévia, ao abrigo do art. 594.º, número 1, do NCPC, e, entretanto, frustrada.

Neste caso, o autor e o réu deverão ter a faculdade de acordar na dispensa da audiência prévia e de requerê-la em conjunto ao juiz. Este, ao abrigo do princípio da gestão processual previsto no n.º 1 do art. 6.º do NCPC, deverá verificar se esta dispensa contraria algum princípio ou norma processual injuntiva ou prejudica a justa composição do litígio em tempo útil ou a descoberta da verdade e, em caso negativo, deverá aceder ao peticionado pelas partes.

Teremos, assim, quanto a nós, também a possibilidade de, no âmbito do processo declarativo comum português, as partes requererem, por acordo, a dispensa da audiência prévia e de esse pedido ser acedido pelo juiz. *Este ato será dispensado neste caso não porque o juiz o considera impertinente ou desajustado ao caso sub judice e comunica tal fato às partes, mas sim porque são as próprias partes que chegam em conjunto a esta conclusão e requerem ao juiz a não realização.*

3. As audiências prévias à audiência de instrução e julgamento no procedimento comum brasileiro

Tendo estudado a única audiência do processo declarativo comum português anterior à audiência final, vamos agora analisar, no âmbito do procedimento comum brasileiro, as duas audiências que deverão/poderão ocorrer antes da fase da instrução, discussão e julgamento. São eles as audiências de conciliação ou de mediação e a “de saneamento compartilhado”, previstas, respetivamente, nos arts. 334 e 357, 3.º parágrafo, do NCPCB.

3.1. A audiência de conciliação ou de mediação

3.1.1. Convocação e funcionamento

Como recorda Alexandre Freitas Câmara⁵⁰, do 1.º parágrafo do art. 334 do NCPCB decorre que, estando a petição inicial corretamente formulada, e não existindo razões para o julgamento de improcedência liminar do pedido, o juiz deve designar audiência de conciliação ou de mediação.

Para alguns autores existe um dever, e não uma faculdade, de o juiz marcar esta audiência⁵¹. Desta forma, o NCPCB promove a audiência de conciliação ou de mediação, “preferindo-a ou, quando menos, criando condições concretas da sua realização no lugar da constante e invariável solução impositiva, típica da atuação jurisdicional, ao menos na visão tradicional”⁵². Este incentivo a que as partes terminem o litígio por autocomposição compatibiliza-se com os parágrafos do art. 3.º do NCPCB (preceitos que incentivam o recurso à arbitragem, mediação e conciliação como meios de resolução de litígios).

Contudo, ponderamos que o magistrado deve ter alguma discricionariedade para avaliar se a audiência de conciliação ou de mediação será útil ou não, diante do que consta dos autos.

Isso independe da manifestação de uma ou até mesmo de ambas as partes. Não custa lembrar que dentre os requisitos exigidos para a petição inicial deve constar a opção do autor pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação (art. 319, VII, do NCPCB), destacando-se uma permissão expressa no Código para que o autor tenha certa autonomia quanto ao rito processual⁵³.

3.1.2. Os casos de não realização

Apesar do acima referido, existem situações em que a audiência de conciliação ou de mediação não se deverá realizar.

O § 4º do art. 334 dispõe que a audiência não será realizada caso ambas as partes manifestarem, expressamente, o desinteresse no acordo (inciso I) ou quando a autocomposição não for admitida na hipótese dos autos (inciso II).

⁵⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 205

⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *op.cit.*, *loc. cit.*

⁵² *idem*

⁵³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo*, 2ª edição, São Paulo: Saraivajur, 2020, p. 599.

Tratemos, inicialmente, da primeira hipótese.

Numa interpretação literal, ambas as partes devem-se manifestar expressamente no sentido da impossibilidade da composição. Dessa forma, o autor deve mencionar tal fato na petição inicial (art. 319, inc. VII) e o réu de peticionar antes da realização da audiência (art. 335, II).

Porém, como recorda Alexandre Freitas Câmara⁵⁴, esta audiência só terá lugar se tanto o autor como o réu manifestarem vontade nesse sentido. Contudo, é forçoso reconhecer que a ausência injustificada é tipificada como ato atentatório à dignidade da Justiça, sendo apenada com sanção pecuniária calculada no patamar de até dois por cento do valor da causa.

Desse modo, temos que compatibilizar os princípios da voluntariedade com o da racionalização da prestação jurisdicional. Assim, as partes devem comparecer à audiência, salvo se dispensada pelo magistrado, mas não tem a obrigação, por óbvio, de dar continuidade ao ato, na forma do disposto no art. 2º, parágrafo único da Lei nº 13.140/2015.

Por outro lado, o inciso II do 4.º parágrafo do referido preceito legal estabelece que a audiência de conciliação ou de mediação não se realizará se a causa não admitir a autocomposição. E aqui precisamos fazer algumas observações.

Questão que traz perplexidade aos operadores do direito é a delimitação do acordo. O NCPCB, no art. 334, § 4º, II, dispõe, genericamente, sobre os direitos que não admitem autocomposição. Contudo, o art. 3º da Lei de Mediação vai além ao prever o cabimento da mediação para direitos indisponíveis transacionáveis.

Numa interpretação literal do referido dispositivo, teremos, portanto: direitos disponíveis e indisponíveis. Os disponíveis são sempre transacionáveis; os indisponíveis podem ou não admitir autocomposição.

Quanto aos disponíveis, é possível realizar a mediação extrajudicial. Para facilitar a compreensão, apresentamos, abaixo, as quatro hipóteses passíveis de ocorrência nesse caso⁵⁵:

⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *op.cit.*, p. 207.

⁵⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *op. cit.*, p. 606.

a) o acordo é firmado na via extrajudicial por instrumento público e, automaticamente, se converte em título executivo extrajudicial, na forma do art. 784, II, do CPC;

b) o acordo é firmado na via extrajudicial por instrumento particular e, se preenchidos os requisitos formais do art. 784, III, do CPC, converte-se em título executivo extrajudicial;

c) o acordo é firmado na via extrajudicial e não preenche os requisitos do art. 784, III, mas atende ao disposto no art. 700 do CPC, ensejando o ajuizamento de ação monitória, no caso de descumprimento;

d) o acordo é firmado na via extrajudicial e as partes desejam submetê-lo à homologação judicial para obter maior grau de segurança jurídica, o que pode ser feito na forma dos arts. 725, VIII, c/c 515, III, mesmo que o documento já ostente os requisitos mínimos para constituir título executivo extrajudicial (art. 785).

Por outro lado, pode o acordo ser firmado na via judicial, ou seja, na pendência de uma demanda já ajuizada. Nesse caso, caberá ao magistrado homologá-lo (arts. 334, § 11, 515, II, e 487, III, *b*), ainda que venha a envolver sujeito estranho ao processo ou versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo (art. 515, § 2º).

Vejamos agora os direitos indisponíveis.

Primeiramente temos os direitos indisponíveis não transacionáveis. Nesses casos, haverá uma expressa norma proibindo o acordo ou a violação de um direito fundamental, o que deverá ser apreciado pelo magistrado no caso concreto, já que tais acordos necessitam da homologação judicial, precedida da oitiva do Ministério Público, para que possam produzir seus efeitos.

Assim sendo, caso o juiz entenda que as partes se excederam e avançaram sobre matéria que não se encontra dentro de sua esfera de disposição, deverá recusar a homologação.

Podemos dizer, então, que, se for feito acordo sobre direito indisponível não transacionável, tal avença será nula de pleno direito.

Como exemplos podemos citar os seguintes dispositivos legais⁵⁶:

⁵⁶ *ibidem*, p. 607.

a) art. 1.609 do Código Civil (o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável);

b) art. 39, § 1º, da Lei n. 8.069/90 (a adoção é medida irrevogável);

c) arts. 1º e 9º da Lei n. 9.434/97 (autorizam a disposição apenas gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida para fins terapêuticos e de transplante).

Qualquer acordo de vontades que contrarie expressamente tais dispositivos legais será nulo.

De se observar, ainda, que o STJ já considerou inadmissível a homologação de acordo extrajudicial de retificação de registro civil de menor em juízo sem a observância dos requisitos e procedimento legalmente instituído para essa finalidade.

Por outro lado, na hipótese dos direitos indisponíveis transacionáveis, o acordo pode ser alcançado nas vias judicial ou extrajudicial, mas enquanto não for submetido ao crivo judicial não poderá produzir seus efeitos. Em outras palavras, a homologação é condição de eficácia do acordo.

Como se percebe facilmente, diante da imprecisão conceitual, há o risco de que o magistrado não homologue um acordo após um longo e complexo procedimento de mediação versando sobre direitos indisponíveis. Basta que o juiz considere o direito indisponível não transacionável.

3.2. A “audiência de saneamento compartilhado”

3.2.1. Convocação e funcionamento

Segundo o art. 357, não sendo o caso de uma sentença de extinção do processo ou de antecipação do mérito, o juiz deverá proferir decisão que organiza e prepara o processo para a fase de produção de provas, de modo a:

a) resolver as questões processuais pendentes, se houver;

b) delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

c) definir a distribuição do ônus da prova;

d) delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

e) designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

A normatização do saneamento no CPC/2015 é sensivelmente melhorada, se comparada com a regra do CPC/73. Contudo, o instituto torna-se, agora, bem mais denso.

Inicialmente, o legislador trata de forma mais clara as finalidades do saneamento, que deverá ser realizado à luz das normas fundamentais, sobretudo com a observância do contraditório, celeridade e cooperação.

Observe-se que, ao contrário do que ocorria no CPC/73, agora o saneamento se dará bem depois da audiência de conciliação (que deverá anteceder a resposta do réu).

Ademais, há um incentivo à realização do *saneamento compartilhado*, em observância ao dever de cooperação entre os vários sujeitos da relação processual, direcionando a produção probatória à solução dos pontos controvertidos⁵⁷.

Interessante questão, que já chamava a atenção dos autores na vigência do CPC/73, diz respeito à preclusão das questões decididas pelo magistrado nessa oportunidade. Em razão do tratamento precário dado ao tema na legislação anterior, havia forte divergência doutrinária. Contudo, o NCPCB traz norma expressa no art. 357, § 1º, no sentido de que, após o eventual pedido de esclarecimento das partes, a decisão de saneamento se torna estável. Note-se que o Código já havia feito menção ao fenômeno da estabilização por ocasião da tutela antecipada antecedente (art. 304), deixando claro que não haveria trânsito em julgado.

Quer-nos parecer que o NCPCB adota a teoria já sustentada pelo Min. Fux. Como regra, adota-se a ideia da preclusão *pro judicato* da decisão saneadora. Com caráter excepcional, essa teoria não se aplica às questões de ordem pública, submetidas à regra geral do art. 10 e do art. 485, § 3º.

É bem verdade que tem havido discussão acerca da possibilidade de as partes realizarem convenções processuais (art. 190) após o saneamento. Nesse sentido, a doutrina vem entendendo que, diante da consensualidade da proposta, não haveria ofensa à estabilização, de forma que o NCPCB não teria o mesmo grau de restrição do CPC/73.

O § 2º permite que as partes apresentem ao juiz a delimitação consensual das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e das questões de direito importantes para a decisão de mérito.

⁵⁷ *ibidem*, p. 665.

A norma revela-se, assim, consentânea com um dos pilares do NCPCB, a saber, a colaboração das partes para o desenvolvimento do processo e a obtenção de uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º).

Se o juiz homologar a referida delimitação, não só as partes, como também o próprio juiz, estarão a ela vinculados.

Trata-se não de um ato meramente formal, e sim de verdadeira decisão, tomada a partir do livre convencimento motivado do magistrado, mas sempre calcada em fundamentação nos elementos e provas trazidos pelas partes ao processo.

Parece-nos que há aqui alusão à figura da convenção processual prevista no art. 190.

Além do § 2º, também o § 3º é uma grande evidência do que se pode chamar *contraditório participativo*, determinando a designação de audiência para as causas complexas, especialmente para oportunizar a cooperação entre o juiz e as partes. Nessa hipótese, as partes apresentarão em audiência o rol de testemunhas (§ 5º).

Se o juiz determinar a produção de prova testemunhal, fixará prazo comum não superior a quinze dias para que as partes apresentem rol de testemunhas, limitadas a três por fato a ser provado, totalizando no máximo dez. O juiz pode limitar ainda mais o número de testemunhas, se entender que a complexidade da causa e os fatos individualmente considerados assim exigem. Contudo, importante frisar que, se houver modificação da decisão de saneamento quanto à delimitação das questões de fato sobre as quais recairá a produção de prova testemunhal, deverá o magistrado facultar às partes a complementação ou alteração do rol de testemunhas.

Ao que parece, a intenção do legislador ao estabelecer esse saneamento compartilhado foi evitar o prolongamento do processo, com a resolução de questões e incidentes processuais desvinculados do mérito, muitas vezes meramente protelatórios, bem como atitudes processuais posteriores contraditórias ao que foi acordado pelas partes, já que participarão diretamente da produção de provas.

Por fim, registre-se que as questões decididas pelo magistrado na decisão de saneamento não são passíveis de impugnação por agravo de instrumento, nem mesmo aquelas que indeferem ou reduzem as provas requeridas pelas partes, nos exatos termos do art. 1.015.

Excepcionam essa regra as decisões que versarem sobre a exibição ou posse de documento ou coisa (inciso VI do art. 1.015) e a distribuição diversa do ônus da prova (inciso XI).

3.2.2. Os casos de não realização

Atento o requisito na 1ª parte do 3.º parágrafo do art. 357 do NCPCB, poderíamos ser levados a pensar que o fato de a causa não apresentar complexidade de fato nem de direito levaria à automática impossibilidade de realização da “audiência de saneamento compartilhado”.

Contudo, não é este o caso: ainda que a matéria de fato e de direito do caso *sub judice* não seja complexa, o juiz pode designar esta audiência. Esta tese foi expressamente consagrada no Enunciado 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁵⁸ e é atualmente defendida na doutrina, com fundamento no princípio cooperativo, por Alexandre Freitas Câmara⁵⁹ e por Cassio Scarpinella Bueno, para o qual o art. 357, 3.º parágrafo, do NCPCB não tem o poder de impedir a realização deste ato quando as questões factuais ou jurídicas sejam pouco ou nada complexas⁶⁰.

Assim sendo, para esta tese, a simplicidade ou pouca complexidade da matéria de fato e de direito não é por si só, fundamento, que o juiz possa utilizar para excluir a “audiência de saneamento compartilhado”. Esta pode ocorrer independentemente de a complexidade se verificar in concreto ou não.

Já a necessidade de complexidade foi exigida pelo Tribunal de Justiça do Amazonas (TJ-AM) em dois acórdãos, um da 3ª Câmara Cível, de 17 de setembro de 2018, do Juiz Relator João de Jesus Abdala Simões⁶¹, e outro da 2ª Câmara Cível, de 20 de maio de 2019, do Juiz Relator Wellington José de Araújo⁶².

⁵⁸ “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

⁵⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *op.cit.*, p. 222.

⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *op.cit.* p. 359.

⁶¹ Acórdão do Tribunal de Justiça do Amazonas de 17.09.2018, Apelação n.º 0086272-70.2004-8.04.0001 AM, disponível em <<https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/645697530/apelacao-apl-862727020048040001-am-0086272-7020048040001/inteiro-teor-645697540?ref=serp>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁶² Acórdão do Tribunal de Justiça do Amazonas de 20.05.2019, Apelação n.º 0608295-64.2015.8.04.0001 AM, disponível em <<https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711824487/apelacao-civel-ac>>

Como recorda Cassio Scarpinella Bueno⁶³, a lei não impõe ao juiz a realização desta audiência, pelo que este o dever de analisar a conveniência da realização deste ato, tendo em conta a atividade diária e o congestionamento dos tribunais. O 3.º parágrafo do art. 357 do NCPCB deve ser interpretada em benefício do próprio sistema de Justiça e o magistrado apenas deverá convocar esta audiência quando entender que, através dela, poderá compreender melhor o objeto do litígio⁶⁴.

Para a não obrigatoriedade da convocação desta audiência aponta também o Acórdão da 2ª Câmara Cível do TJ-AM de 4 de fevereiro de 2019, do Juiz Relator Délcio Luís Santos,⁶⁵ segundo o qual a audiência de saneamento é “facultativa e excepcional” e deve ser dispensada quando os fatos essenciais para a decisão da causa já estiverem fixados ou provados por documento.

Vemos, em jeito de conclusão, que, pese embora o art. 357, 3.º parágrafo, do NCPCB parecer estabelecer a obrigatoriedade da “audiência de saneamento compartilhado” para as causas complexas (“... deverá o juiz designar”), esta acaba por ser, na prática, facultativa, podendo o juiz deixar de designá-la se assim o entender conveniente.

Por fim, também podem as partes dispensar, por convenção processual, a realização da “audiência de saneamento compartilhado”, nos termos do art. 190.º do NCPCB, sendo tal dispensa oponível ao magistrado no caso de não ofender normas injuntivas, estar inserida abusivamente em contrato de adesão ou colocar uma das partes em manifesta situação de vulnerabilidade (parágrafo único do mencionado art. 190.º e art. 200.º do mesmo diploma legal).

4. Conclusão

À luz do acima referido, podemos concluir, em primeiro lugar, que, quer no âmbito do processo declarativo comum português quer no âmbito do procedimento comum

6082956420158040001-am-0608295-6420158040001/inteiro-teor-711824497?ref=serp>. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. *op.cit.*, p. 358.

⁶⁴ *ibidem*, p. 359.

⁶⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça do Amazonas de 04.02.2019, Apelação n.º 0636347-41.2013.8.04.0001 AM, disponível em <<https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/675060007/apelacao-apl-6363474120138040001-am-0636347-4120138040001/inteiro-teor-675060029?ref=serp>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

brasileiro, é intenção do legislador que o processo não decorra inteiramente por escrito até à fase da instrução, discussão e julgamento.

Contudo, se, no âmbito do processo declarativo comum português, esse objetivo é satisfeito através da convocação de um único ato (a audiência prévia), já no âmbito do procedimento comum brasileiro, poderão ser marcadas duas audiências neste âmbito (a audiência de conciliação ou de mediação e a “audiência de saneamento compartilhado”).

Existe, assim, no Direito Brasileiro, uma cisão da audiência prévia portuguesa em dois atos: um primeiro destinado à aproximação das partes (audiência de conciliação ou de mediação, semelhante à tentativa de conciliação prevista na alínea a) do n.º 1 do art. 591.º do NCPC) e outro destinado ao saneamento e à organização do processo - a “audiência de saneamento compartilhado”-, onde acabam por se atingir finalidades semelhantes às previstas nas alíneas b), c), f) e g) do mesmo preceito legal.

Podemos dizer, desta forma, que as audiências de conciliação ou de mediação e de “saneamento compartilhado” pretendem atingir, em conjunto, os mesmos objetivos do que a audiência prévia portuguesa: a tentativa de aproximação das partes antes da audiência final e a colaboração entre as partes e o magistrado no saneamento e na organização do processo.

Outra semelhança que se nos revela manifesta nesta matéria é o fato de nenhuma das três audiências ser absolutamente obrigatória. Como acima vimos, quer a audiência prévia quer a audiência de conciliação ou de mediação quer a audiência de saneamento compartilhado poderão não se realizar ou ser dispensadas em certos processos.

Todavia, existe uma diferença clara quanto a estas audiências. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a audiência de conciliação ou de mediação pode deixar de ser realizada pelo julgador sem que para tal seja apresentado um fundamento legítimo, não derivando daí nenhuma invalidade, a não ser que as partes aleguem prejuízo com a não realização deste ato. O mesmo parece acontecer com a “audiência de saneamento compartilhado”, que tem vindo a ser considerada facultativa e excepcional pelo legislador.

Contudo, no âmbito do processo declarativo comum português, a não realização de audiência prévia sem fundamento legal e sem a prévia audição das partes para o efeito provoca numa nulidade secundária, suscetível de ser atacada em sede de recurso. Ademais, é expressamente prevista na lei a possibilidade de realização de uma audiência prévia

potestativa, nos termos do n.º 3 do art. 593.º do NCPC, sempre que o juiz dispensa este ato e uma das partes deseja que ele se realize.

Vemos, desta forma, que, na prática, a possibilidade de o juiz português dispensar a audiência prévia é mais limitada do que a do juiz brasileiro no que diz respeito à audiência de conciliação ou de mediação e à “audiência de saneamento compartilhado”. A lei parece promover com mais vigor aquela do que essas.

Outra diferença importante reside no papel das partes na dispensa das audiências. Enquanto, no ordenamento jurídico português, o autor e o réu apenas podem solicitar ao juiz a não convocação da audiência prévia, em razão do Código Português não permitir expressamente a celebração de convenções processuais sobre a tramitação, já, no âmbito do Direito Brasileiro, as partes podem, por acordo e sem autorização prévia do juiz, dispensar as audiências de conciliação ou de mediação e “a audiência de saneamento compartilhado,” sendo tal acordo oponível ao juiz no caso de não se verificar nenhuma das circunstâncias previstas no parágrafo único do art. 190.º do NCPCB.

Assim, no Direito Português, a dispensa da audiência prévia poderá ser feita: 1- pelo juiz, com o acordo das partes ou 2- pelo juiz, a pedido das partes, enquanto, no Direito Brasileiro, a dispensa da audiência de conciliação ou mediação pode ser feita quer pelo juiz com o acordo das partes quer pelo juiz sem o acordo das partes (no caso de não ser alegado nenhum prejuízo, não existe nulidade) quer pelas próprias partes.

A título de conclusão, vemos que a audiência prévia portuguesa acaba por aglutinar os objetivos da audiência de conciliação ou de mediação e a “audiência de saneamento compartilhado”, sem prejuízo das diferenças de regime que existem elas.

5. REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. Parte Especial: Procedimento Comum (Da Demanda à Coisa Julgada). 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

- FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa Gomes. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil- Os Artigos da Reforma*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2014.
- FREITAS, José Lebre de. *A Ação Declarativa Comum - À Luz do Código de Processo Civil de 2013*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- FREITAS, José Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil- Anotado- Volume 2.º- Artigos 362.º a 626.º*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Comentário ao artigo 334.º In BUENO, Cassio Scarpinella [et al]. *Comentários ao Código de Processo Civil- Arts. 318 a 538- Parte Especial- Vol 2*. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 63-68.
- PIMENTA, Paulo. *Processo Civil Declarativo*. Coimbra: Almedina, 2015.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo*. 2ª edição, São Paulo: Saraivajur, 2020.
- TALAMINI, Eduardo. Comentário ao artigo 357.º In BUENO, Cassio Scarpinella [et al]. *Comentários ao Código de Processo Civil- Arts. 318 a 538- Parte Especial- Vol 2*. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 182- 213.