

A ATUAÇÃO DO JUIZ NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

RESUMO

O objetivo precípua deste artigo é analisar a atuação do juiz no âmbito dos pedidos de recuperação judicial, especialmente após as mudanças introduzidas pela nova legislação processual civil brasileira. A referida temática afigura-se de extrema relevância no momento, na medida em que a Lei n. 11.101/2005 prevê expressamente a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos concursais, sendo que tal atuação, com fulcro na legislação processual já revogada, limitava-se ao controle de legalidade dos procedimentos e, sobretudo, à análise formal dos planos de superação da crise econômico-financeira. Entretanto, ante a necessidade de uma visão contemporânea do Poder Judiciário e, por conseguinte, da figura do juiz, este último deve ser percebido como um verdadeiro colaborador para a efetiva prestação jurisdicional, em prol da concretização dos direitos constitucionais envolvidos. Conclui-se que não se pode olvidar a necessidade de um novo olhar para o juiz, mormente diante da ampliação dos poderes que lhe foram conferidos em lei.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Judicial; Código de Processo Civil; Juiz; Poderes.

THE JUDGE'S ACTION IN JUDICIAL REORGANIZATION UNDER THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the role of the judge in the scope of judicial recovery actions, especially after the changes introduced by the new Brazilian civil procedural law. The aforementioned issue seems extremely relevant at the moment, since Law no. 11.101 / 2005 expressly foresees the subsidiary application of the Code of Civil Procedure to the insolvency proceedings, and this action, with a focus on procedural legislation already repealed, was limited to the control of the legality of the procedures and, above all, the formal analysis of the overshoot plans of the economic-financial crisis. However, in view of the need for a contemporary view of the Judiciary and, consequently, of the judge, the latter must be perceived as a true collaborator for the effective judicial performance, in order to concretize the constitutional rights involved. It will be concluded that one can not forget the need for a new look at the judge, especially in view of the extension of the powers conferred on him by law.

KEYWORDS: Judicial Reorganization; Civil Procedure Code; Judge; Powers.

1. INTRODUÇÃO

Na relação jurídica processual, assim como em qualquer relação sujeita ao ordenamento jurídico pátrio, emergem direitos e deveres para as partes a ela submetidas. Na análise dos sujeitos do processo, sob a ótica da nova legislação processual civil, o juiz deve ser entendido como um sujeito, agente do poder estatal, comprometido com a adequada prestação da tutela jurisdicional devidamente provocada.

Isso porque, o novo Código de Processo Civil, além de atribuir obrigações, ônus e faculdades para o autor e para o réu, inaugurou um sistema processual constitucional, embasado em normas fundamentais, que garantem ao jurisdicionado um pronunciamento integral, justo, coerente e motivado. Destarte, o inadimplemento das obrigações atribuídas pela lei processual civil ao Estado-Juiz acarreta responsabilidades.

Infere-se, pois, que o juiz deixou de ser mero expectador e destinatário, assumindo uma condição mais participativa e tornando-se um verdadeiro sujeito ativo do processo, que deve cooperar com os demais sujeitos para a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, a quem lhe é de direito.

Com esteio nas normas fundamentais da novel legislação, princípios de caráter constitucional foram introduzidos no processo, impondo-se, aos seus sujeitos, uma conduta condizente com os ditames do contraditório, da celeridade e, sobretudo, comprometida com a entrega da tutela, vista sob o seu caráter substancial e, não, meramente formal.

Essa nova feição do Estado-Juiz também repercutiu no âmbito da Lei n. 11.101/2005, em virtude da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil nos seus procedimentos, notadamente nos pedidos de recuperação judicial e falência, que envolvem o desempenho da função jurisdicional, em prol da proteção de uma coletividade, marcada pela presença de diversos credores, entre eles, fornecedores, colaboradores, empregados, entre outros.

De fato, em atenção às novas diretrizes processuais, o juiz assumiu um papel indispensável nos procedimentos aqui tratados, haja vista a sua condição de verdadeiro gestor do processo concursal. Desse modo, a despeito do princípio da soberania das decisões tomadas em assembleias, sempre que necessário, para a salvaguarda da constitucionalidade e legalidade do processo, o juiz deverá intervir.

Nesse contexto, em busca de consolidar o entendimento jurisprudencial sobre o assunto, reafirma-se a possibilidade de controle judicial não só do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia-geral de credores, mas também, de todo o processo, a teor do que dispõem os poderes-deveres constitucionais outorgados ao juiz.

2. AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO FACE À ATUAÇÃO DOS JUÍZES E DE SEUS AUXILIARES

O modelo contemporâneo de processo revela a existência de um instrumento dialético, apto a aproximar a sociedade do Estado, este último visto sob a sua perspectiva de agente de pacificação dos conflitos sociais, insurgidos das relações cotidianamente havidas entre os jurisdicionados, bem como daquelas existentes entre eles e o próprio Estado.

A partir de uma visão instrumental do processo, é possível afirmar que o Estado, no exercício da sua função pacificadora, deve observar as diretrizes traçadas pela Constituição da República, a fim de desempenhar a sua finalidade precípua, no sentido da preservação dos direitos e garantias fundamentais, em consonância com os atributos próprios de um Estado Democrático de Direito¹, especialmente quando necessária uma atuação mais ativa por parte dos juízes e de seus auxiliares. Destarte, o processo não possui um fim em si mesmo.

Com efeito, o processo deve ser entendido como verdadeiro instrumento de salvaguarda das normas constitucionais, insculpidas não só na Carta Magna, mas também, nas leis infraconstitucionais, sempre em prol da verdade real e em detrimento da verdade meramente formal².

Isso porque, a partir de uma condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico pátrio, o direito processual incorporou em seu texto legal as normas fundamentais³, sobrelevando a preocupação com a sua preservação e, sobretudo, com a sua aplicação, para fins da consecução da justiça. Desse modo, o conceito de

¹ Dalmo de Abreu Dalari, ao tratar da ideia do Estado de Direito, salienta a limitação do poder estatal, afirmando que: Como se tem procurado evidenciar, inclusive com o objetivo de assegurar o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana, o Estado deve procurar ao máximo de juridicidade. Assim é que se acentua o caráter de ordem jurídica, na qual estão sintetizados os elementos componentes do Estado. Além disso, ganham evidência as ideias da personalidade jurídica do Estado e da existência, nele, de um poder jurídico, tudo isso procurando reduzir a margem de arbítrio e discricionariedade e assegurar a existência de limites jurídicos à ação do Estado. (DALARI, Dalmo de Abreu. Elemento de Teoria Geral do Estado. p. 113.).

² Não há dúvidas de que vige, no âmbito do direito processual civil, o princípio do dispositivo, segundo o qual o juiz deve decidir a lide de acordo com os limites traçados pelas partes, nos exatos termos do art. 141 do Código de Processo Civil. Desse modo, a decisão judicial depende de atuação das partes, notadamente no que tange ao cumprimento dos seus ônus probatórios, indicados no art. 373 da legislação aqui tratada. Entretanto, tem-se admitido a mitigação do princípio do dispositivo, notadamente após a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, que no exercício de uma função pública – a jurisdição – o processo revela-se um instrumento público, apto à concretização da justiça.

³ Com a reconstrução do Estado de Direito, por meio da Constituição Federal de 1.988, procurou-se consolidar o modelo democrático de gestão do Estado (da essência do Estado de Direito) e, via de consequência, adequar ou reformular toda a legislação infraconstitucional, de forma a amoldá-la ao novo modo de ser do Estado. E, por óbvio, o processo civil teria igualmente que ser reconstruído, sob a inspiração do modelo de Estado que se adotou em 1.988. Assim, para dar forma normativa infraconstitucional a essa diretriz, o legislador inseriu no Código institutos capazes de dar a necessária concretude às regras constitucionais. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Temas Essenciais do Novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. p. 42).

processo passou a ser metajurídico⁴, na medida em que o Estado não pode desconsiderar, no exercício da sua função jurisdicional, a gama de instituições, bens, valores, hábitos e normas envolvidos em uma relação.

Em outras palavras, a realização do direito subjetivo pelo Estado, em busca da manutenção pacífica das relações sociais, abrange o conceito de processo e a premissa da inafastabilidade da justiça, por imperativo constitucional, mediante a atuação ativa dos juízes e dos seus auxiliares, ressalvada a possibilidade de adoção das soluções alternativas de pacificação dos conflitos, a exemplo da arbitragem, da conciliação e da mediação.

Nesse sentido, pode-se dizer que o processo é *“uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide, a partir de um complexo de atos coordenados, tendentes ao exercício da função jurisdicional”*. (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. I, p. 11-12).

Excluídas as hipóteses previstas em lei e desde que observados os seus requisitos⁵, a autodefesa restou vedada na ordem jurídica, eis que incumbe aos órgãos estatais a função de distribuir a justiça entre os particulares, em suas relações civis e/ou empresariais, mediante provocação⁶.

Tanto é assim que a legislação infraconstitucional cuidou de apontar o princípio constitucional da inafastabilidade do acesso à justiça – art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República e art. 3º do novo Código de Processo Civil – garantindo que *“não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”*. Mas, não basta o simples acesso para a garantia dos direitos fundamentais, uma vez que a prestação jurisdicional deve ser célere, com a solução integral da lide, incluindo-se a atividade satisfativa.

⁴ Ao relacionar os conceitos de processo e Estado Democrático de Direito, Rosemiro Pereira Leal destaca que os teóricos da escola instrumentalista, que defendem a ideia de processo como instrumento de defesa dos direitos e garantias fundamentais, “conectaram o Processo à Jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional”. (LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 79.). No mesmo sentido, Lênio Luiz Streck afirma que os defensores da concepção instrumentalista do processo “admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado”. (STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – Decido Conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.41.).

⁵ Como exemplo de autodefesa, o Código Civil, em seu art. 1.210, § 1º, defende a possibilidade de desforço imediato, para fins da proteção da posse. Confira-se: Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º - O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

⁶ Excepcionalmente, a exemplo do disposto no art. 712 do Código de Processo Civil, admite-se a atuação de ofício, pelo juiz, para fins da promoção de um ato inicial do processo. Veja-se: Art. 712. Verificado o desaparecimento dos autos, eletrônicos ou não, pode o juiz, de ofício, qualquer das partes ou o Ministério Público, se for o caso, promover-lhes a restauração.

Trata-se, pois, do princípio da celeridade processual, visto sob a ótica da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna e também no novo Código de Processo Civil, em seu art. 4º.⁷

A fim de viabilizar tal prestação jurisdicional, em consonância com os ditames constitucionais, a nova legislação processual civil cuidou de indicar em seu bojo quais são as normas fundamentais que devem ser observadas no âmbito do processo civil. De fato, a Lei n. 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil, já em seu art. 1º, determina que *“o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”*

Concluir, a partir da leitura do dispositivo legal aqui tratado, que a sua inserção na nova lei processual civil almejou apenas afiançar a aplicação das garantias constitucionais ao processo civil seria uma visão demasiadamente simplista acerca da mensagem constante na norma. Por óbvio, a aplicação dos princípios constitucionais ao processo civil independe de previsão expressa na lei processual, já que emanada da Carta Maior.

Nesse contexto, o enunciado em comento objetivou salientar a mudança paradigmática ocorrida na aplicação do direito, pelo novo modelo de processo civil, segundo o qual se pretende inaugurar *“um sistema lógico e íntegro de processo no campo dogmático, dentro dos limites de seu impacto, pautado em novas premissas”*. (JUNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: Fundamentos e Sistematização. p.19).

Consagrou-se, pela inegável necessidade de aplicação das normas fundamentais ao processo civil, um verdadeiro sistema democrático, cujas características implementam um arcabouço cooperativo, no qual todos os sujeitos do processo assumem uma função ativa na construção da decisão judicial, deixando de lado a condição de meros expectadores⁸.

⁷ A respeito do direito constitucional do jurisdicionado à duração razoável do processo, Marinoni e Mitidiero ensinam que ele não dizem respeito a um processo rápido, na medida em que celeridade não é uma expressão sinônima de rapidez. Senão, vejamos: “A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere. O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. Nesse sentido, a expressão processo sem dilações indevidas, utilizada pela Constituição espanhola (art. 24, segunda parte), é assaz expressiva. O direito ao processo justo implica sua duração em “tempo justo””. (SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p.678/679.).

⁸ Sobre os sujeitos do processo, Cintra, Grinover e Dinamarco esclarecem que: “[...] contém um quadro extremamente simplificado, que não esgota a realidade atinente aos sujeitos que atuam no processo, merecendo ser realçados os seguintes pontos: a) além do juiz, do autor e do réu, são também indispensáveis os órgãos auxiliares da Justiça, como sujeitos atuantes no processo; b) os juízes podem suceder-se funcionalmente no processo, ou integrar órgãos jurisdicionais colegiados que

Pois bem. Considerando as novidades introduzidas pela Lei n. 13.105/2015 no novo processo civil, não é prematuro afirmar que se almejou uma verdadeira mudança na ideia de que o juiz é um destinatário do processo e, não, um sujeito participante dele.

Não se pode olvidar a importância da atuação do juiz no processo, que também deve agir de maneira cooperativa, para o alcance de uma “*decisão de mérito justa e efetiva*”⁹. Aliás, renomada doutrina sustenta que o Estado é o sujeito do processo, visto que o juiz atua como simples agente estatal, indispensável ao exercício da função jurisdicional¹⁰.

A partir desse novo contexto, o contraditório granjeou uma importância especial, já que deve ser vislumbrado a partir da sua consecução substancial, pela qual as partes têm o direito de influenciar na construção da tutela jurisdicional, revelando-se nulas de pleno direito as decisões surpresas¹¹, pelas quais não se garantiu a manifestação prévia sobre o assunto, ainda que admitida a atuação *ex officio*¹².

Sendo assim, o contraditório visto apenas como o direito de contradizer¹³ não atinge a expectativa do novo processo civil e macula a prestação jurisdicional de vício insanável,

praticam atos processuais subjetivamente complexos — o que confirma que ele próprio não é sujeito processual, nem o é sempre em caráter singular; c) pode haver pluralidade de autores (litisconsórcio ativo), de réus (litisconsórcio passivo), ou de autores e réus simultaneamente (litisconsórcio misto ou recíproco), além da intervenção de terceiros em processo pendente, com a conseqüente maior complexidade do processo; d) é indispensável também a participação do advogado, uma vez que as partes, não o sendo, são legalmente proibidas de postular judicialmente por seus direitos.” (CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. Malheiros editores, 2010.).

⁹ Nesse sentido, destaca-se a redação do art. 6º da Lei n. 13.105/2015, *in verbis*: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁰ Sobre o assunto, Alexandre Freitas Câmara adverte que: “Quanto ao Estado, é preciso tornar claro que é este, e não o juiz, que se apresenta como sujeito do processo. O juiz, pessoa natural, é mero agente do Estado, este sim o detentor do poder, e a quem cabe o exercício da função jurisdicional. O Estado se apresenta na relação processual através de um de seus órgãos, os chamados “órgãos jurisdicionais”, ou, simplesmente, juízos. No estudo dos sujeitos da relação processual, porém, há que tecer algumas considerações não só acerca do juízo, mas também sobre a pessoa natural do juiz, já que este agente estatal atuará no processo, e suas características serão levadas em conta para o regular e adequado desenvolvimento do processo.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Lumen Juris, 2011, p.301).

¹¹ O art. 10 do novo Código de Processo Civil, ao vedar as decisões surpresas, preceitua que: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

¹² Ao abordar o tema, Humberto Theodoro Junior afirma que: “Quando se afirma o caráter absoluto do princípio do contraditório, o que se pretende dizer é que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais. (...) Não pode o juiz conduzir o processo sem respeitar o contraditório; à parte, entretanto, cabe a liberdade de exercitá-lo ou não, segundo seu puro alvedrio. Ninguém é obrigado a defender-se. O direito de participar do contraditório é, nessa ordem, disponível. Logo, mesmo quando o juiz o desobedece, cometendo cerceamento de defesa, o processo ficará passível de nulidade.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 172.).

¹³ Nos termos do art. 7º do Código de Processo Civil, compete ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, assegurando a efetiva participação das partes no processo e, em especial, na construção do provimento jurisdicional. Nesse sentido, destaca-se: Art. 7º - É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

uma vez que se busca a participação dos sujeitos do processo não só na construção da norma jurídica individualizada, mas sobretudo, na formação da norma jurídica geral¹⁴.

A bem da verdade, ao estabelecer tal sistema democrático, pretendeu-se ampliar o debate das questões apresentadas pelas partes à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, melhorando a técnica decisória e fortalecendo os pronunciamentos jurisdicionais, que devem se manter incólumes face à necessidade de motivação, como condição de validade da tutela jurisdicional¹⁵.

A fundamentação das decisões judiciais confere estabilidade jurídica e institucional ao Estado Democrático de Direito, uma vez que garante o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição, de maneira transparente, útil e suficiente. Ademais, tal determinação, no sentido da motivação das decisões judiciais, emana da Constituição da República que prevê, em seu art. 93, inciso IX, que “*todas as decisões serão fundamentadas*”.

Destarte, a motivação deve ser entendida como um desdobramento lógico do devido processo legal, segundo o qual o processo deve ser visto à luz das garantias constitucionais. A preocupação do legislador com a fundamentação das decisões judiciais, no novo Código de Processo Civil, é tamanha que ele cuidou de elucidar quais tipos de decisão não são consideradas fundamentadas¹⁶, revelando os cuidados impostos aos julgadores com a técnica decisória¹⁷.

¹⁴ A esse respeito, Fredie Didier destaca que: “O princípio do contraditório, visto como direito de participação na construção da norma jurídica, precisa ser repensado. Isso porque ele não pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica individualizada (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica geral (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).” (DIDIER JR., Fredie – Curso de direito processual civil: teoria d aprova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. V.2, p. 471.).

¹⁵ No tocante à exigência de motivação das decisões judiciais, o novo Código de Processo Civil determina que: Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

¹⁶ Sobre a questão, destaca-se o disposto no §1º do art. 489, transcrito na sequência: Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹⁷ A título de exemplo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero esclarecem que “se determinada decisão apresenta fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque essa decisão não particulariza o caso concreto. A existência de respostas padronizadas que servem indistintamente para qualquer caso justamente pela ausência de referências às particularidades do caso demonstra a inexistência de consideração judicial pela demanda proposta pela parte. Com fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, a parte não é ouvida, porque o seu caso não é considerado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. São Paulo: Editora RT, 2015. V2. p. 445.).

Ademais, é indispensável destacar que a legislação processual civil atribuiu ao processo um conteúdo moral ao processo civil, impondo que *“aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”*. Desse modo, impõe-se não somente às partes e aos seus representantes, mas também, ao juiz e seus auxiliares e aos demais participantes do processo, os deveres de informação, lealdade, probidade e eticidade.

Ante as inovações trazidas ao novo processo civil, dúvidas não restam quanto à ocorrência de repercussões no âmbito dos direitos disciplinados pela Lei n. 13.105/2015, notadamente no que tange à atividade jurisdicional e, por conseguinte, naquelas desempenhadas pelos auxiliares da justiça.

3. A ATIVIDADE JURISDICIONAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em decorrência da reestruturação do Estado Democrático de Direito, a partir da Constituição da República de 1.988, o processo recebeu um enfoque publicístico, substituindo a sua preocupação com a mera resolução dos conflitos oriundos das relações particulares pela necessidade da construção de justiça, que permite uma participação mais ativa do juiz, em busca da decisão de mérito justa e efetiva. A partir desta nova concepção de processo, foi imperiosa uma atenuação do princípio do dispositivo, para fins de permitir que o juiz adotasse uma postura mais ativa e preocupada com a tutela concreta dos direitos e interesses em discussão no feito.

Isso porque, à luz da teoria publicista do processo, o Estado deve participar na propagação de políticas públicas como meio de garantir os direitos fundamentais e sociais insculpidos na Carta Magna. Desse modo, o magistrado deve se desapegar do formalismo excessivo e prezar pela efetiva realização da justiça¹⁸, ou seja, o juiz deixa de ser um simples aplicador da letra fria da lei e assume uma condição de verdadeiro protetor dos direitos e garantias constitucionais¹⁹.

¹⁸ Luiz Roberto Barroso salienta as repercussões constitucionais que transformaram a atuação dos operadores do direito, especialmente no âmbito do Poder Judiciário: “O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética- ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação- deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade. (BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008- judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Eletrônica de Direito e de Estado (REDE), Salvador, n. 18, abril/maio/junho 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 07/07/2020).

¹⁹ Ao tratar do ativismo judicial, Cândido Rangel Dinamarco ensina que o magistrado deve ser capaz de garantir às partes uma decisão efetivamente justa, em consonância com as vontades do Estado. Confira-se: [...] Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes. Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método de pensamento do processualista e do profissional do foro, o que importa acima de tudo é colocar

Sob essa nova ótica processual, a legislação processual civil ampliou os poderes instrutórios dos magistrados, os quais lhes foram outorgados constitucionalmente, com a finalidade de garantir maior autonomia na defesa dos direitos e garantias constitucionais, preservado o princípio da imparcialidade do julgador²⁰.

De fato, a Lei n. 13.105/2015, em seu art. 139, atribuiu aos juízes o dever de:

[...] I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser

o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado processualismo e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 299.)

²⁰ O que tem sido chamado ativismo no Brasil resulta de uma aliança entre a presidência da República e elites jurídicas a partir de 2002, voltada a promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental. Com a aliança modificaram-se as formas de atuação do Tribunal, foram reforçadas suas bases de apoio, mas também provocaram reações e resistências, e aumentou o investimento pela oposição política e elites jurídicas divergentes em questões críticas para o governo. (KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 38.)

determinada antes de encerrado o prazo regular.

A análise do dispositivo legal em comento revela que compete ao juiz garantir às partes tratamento isonômico, notadamente no que tange às suas oportunidades processuais de influenciar na construção da decisão judicial. Tal determinação vai ao encontro do disposto no art. 7º do Código de Processo Civil, o qual, como visto, trata da efetivação de um contraditório substancial no curso do processo. Ademais, a aludida determinação guarda origem no princípio constitucional da isonomia, segundo o qual *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”*

Destarte, o princípio da isonomia deve ser resguardado em seu aspecto substancial, competindo ao magistrado considerar as especificidades de cada uma das partes, para fins da adoção das medidas cabíveis, ao ponto de alçá-las à uma condição equilibrada de tratamento. Nesse sentido, no âmbito probatório, destaca-se a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova²¹, *“diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.”*²²

A garantia de celeridade da prestação jurisdicional, cujo pano de fundo, como já visto, é constitucional, também foi atribuída ao juiz, como um dever. E nem poderia ser diferente, uma vez que, a partir da provocação do Estado, o processo deve seguir a sua regular

²¹ A distribuição dinâmica do ônus da prova deixou de ser uma opção apenas no âmbito da legislação consumerista e passou a ser franqueada no processo civil, sempre que houver a necessidade de proteger a parte hipossuficiente, nos termos do § 1º do art. 373 do CPC. Senão, vejamos: Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º - Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

²² Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero anotam que: *“Não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma relação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, vem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Assim, cumprirá o órgão judicial com o seu dever de auxílio, inerente à colaboração. Providência desse corte visa superar a ‘probatio diabólica’, possibilitando um efetivo acesso à justiça. Nesse sentido, dentro de um processo civil organizado a partir da ideia de colaboração, deve o juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes, dinamizar o ônus da prova sempre que as suas condicionantes materiais e processuais se façam presentes, a fim de outorgar tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante um processo justo. Não pode o juiz, em hipótese alguma, contudo, dinamizar o ônus da prova na ausência de quaisquer de suas condicionantes. A dinamização importa na atribuição do ônus de provar àquela parte que tem a maior facilidade probatória.”* (Novo Código de Processo Civil Comentado, RT, 1.ª ed., p. 395/396).

tramitação por impulso oficial, nos termos do art. 2º do novo Código de Processo Civil²³.

Em consonância com esse imperativo constitucional, compete ao juiz ordenar ou indeferir provas e diligências (art. 139, III, CPC); determinar a condução de testemunhas (art. 455, § 5º, CPC); julgar antecipadamente o mérito (art. 355 CPC); determinar a reunião de processos que possam gerar decisões conflitantes (art. 55, § 1º, CPC). Isso sem mencionar a possibilidade de penalização das partes, que atuem em dissonância com o princípio da boa-fé (art. 77, § 2º, CPC) e que adotem condutas que caracterizem a litigância de má-fé (arts. 79 e 80 CPC).

Entretanto, não se admite mais, com fundamento na celeridade processual, a extinção do processo em virtude de vícios sanáveis, devendo o juiz oportunizar às partes a regularização dos pressupostos processuais²⁴ e o cumprimento dos requisitos recursais eventualmente não observados²⁵, bem como privilegiar as decisões de mérito em detrimento daquelas meramente processuais, ante o advento do princípio da primazia das decisões de mérito²⁶.

Além disso, a nova legislação processual civil ampliou o poder geral de cautela do juiz, autorizando a adoção das medidas necessárias para salvaguardar a efetividade da tutela jurisdicional (art. 139, inciso IV, CPC)²⁷, permitindo que o juiz determine a prática de todas as

²³ Nesse sentido, destaca-se: Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

²⁴ Sobre o assunto, destaca-se o disposto no art. 76 do Código de Processo Civil, *in verbis*: Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

²⁵ No tocante ao recolhimento do preparo recursal, o art. 1.007, § 2º, do Código de Processo Civil determina que: Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. [...]§ 2º - A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

²⁶ Márcio Luís de Oliveira, ao comentar o novo Código de Processo Civil, especificamente no que tange ao princípio da primazia do mérito, ensina que: "A legislação processual civil resolveu deixar de lado o cientificismo e a questão processual e passou a trazer elementos mais consentâneos com a realidade, pois é óbvio que a pessoa que procura a justiça quer ver a sua pretensão resolvida, mesmo que a decisão judicial lhe seja desfavorável. Dessa forma, a satisfatividade deve ser tão essencial quanto a preocupação com a demora do processo, até mesmo porque ambas estão umbilicalmente ligadas, já que a demora processual compromete a efetividade do direito material a ser eventualmente reconhecido que pode ser prejudicado ao final." (OLIVEIRA, Márcio Luís de. Novo CPC: Doutrina Seleccionada. Vol. 2, 2016, p. 37.).

²⁷ Em relação às medidas previstas no art. 149, inciso IV, do Código de Processo Civil, Elpidio Donizete ensina que: "Medidas coercitivas: são aquelas que objetivam forçar o cumprimento de uma ordem judicial. Aquele que sofre a medida deve raciocinar no sentido de compreender que é mais vantajoso cumprir e satisfazer a obrigação ou o dever imposto do que assumir a medida coercitiva. O exemplo clássico é a imposição de multa diária. Medidas indutivas: essa expressão figura – creio que pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro – no projeto de lei da ação civil pública. A doutrina ainda não se ocupou do tema. Para mim, trata-se de uma subdivisão das medidas coercitivas. Os legisladores – os doutrinadores principalmente – tem um pendor especial para a criação de espécies desnecessárias. Exibem exóticos termos como a maior descoberta do século. Bem, creio que essa tal indução advém da prisão. Isso para os que sustentam que o cumprimento de decisão judicial pode ser exigido sob cominação de prisão, porquanto distinta da prisão por dívida. Por ora, espero que os leitores não se preocupem com a terminologia. O que se pode dizer é que se trata de mais uma medida para forçar o destinatário da ordem (do mandamento) a cumpri-lo. Medidas mandamentais: são aquelas que podem produzir parte dos efeitos de uma decisão de cunho constitutivo, mas que não se confundem com a própria tutela pretendida. Trata-se de uma

medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias destinadas ao cumprimento de ordem judicial²⁸.

A nova legislação processual civil preocupou-se, ainda, de atribuir ao juiz o dever de promover a autocomposição, nos termos do inciso V do dispositivo acima citado, a qualquer tempo do processo, mediante a atuação dos seus auxiliares, a saber: os conciliadores e os mediadores judiciais²⁹.

A atenção à autocomposição foi tamanha que o primeiro ato do processo é, obrigatoriamente, a realização de uma audiência de conciliação e/ou de mediação³⁰,

ordem que pode ser destinada às partes ou a um terceiro. Medidas sub-rogatórias: são mecanismos de cumprimento da ordem judicial que dispensam a colaboração do ordenado, já que a prestação imposta pode ser atribuída a terceiro, de forma a realizar exatamente o resultado idêntico àquele que seria operado pelo sujeito passivo.” (DONIZETE, Elpidio. Poderes, deveres e responsabilidades do Juiz. < <https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/358236412/poderes-deveres-e-responsabilidades-do-juiz>>. Acessado em 03/03/2019.

²⁸ Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça julgou as questões relativas à possibilidade de retenção da Carteira Nacional de Habilitação e da suspensão de passaporte do devedor, com fundamento no poder geral de cautela. Vejam-se, nesse sentido, os seguintes informativos: INFORMATIVO n. 0631: “O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual. A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental. A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica.” “A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do habeas corpus, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza.” (STJ. <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo>> Acessado em 03/03/2019.).

²⁹ O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em seu portal, indica as diferenças entre a mediação e a conciliação: “A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades. A Conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes. As duas técnicas são norteadas por princípios como informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Os mediadores e conciliadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução n. 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. (CNJ. Mediação e Conciliação: qual a diferença? < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>> Acesso em 07/07/2020.).

³⁰ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

ressalvada a hipótese da dispensa da sessão por ambas as partes. Isso porque, com fundamento na autonomia da vontade privada, facultou-se às partes a construção da melhor solução para a lide, ante a efetividade das decisões meramente homologatórias em face daquelas de caráter condenatório. Em outras palavras, o teor de satisfação das partes face às soluções por elas construídas para a lide suplanta aquele relativo às decisões emanadas do Poder Judiciário, impactando na sua fase de cumprimento.

Infere-se, pois, que o juiz, à luz do novo Código de Processo Civil, recebeu mais autonomia para o desempenho da sua função, sem que isso implique em um ativismo jurisdicional prejudicial ao sistema democrático que vem sendo construído pela sociedade, em todos os seus aspectos.

De fato, na busca de uma atuação mais ativa por parte do juiz, sem que ela transforme o processo em um instrumento de arbitrariedades³¹, a legislação processual civil cuidou de positivizar o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo, transformando o juiz em um gestor da função jurisdicional³².

É importante destacar que, para evitar a transformação do ativismo judicial em autoritarismo judicial, também devem ser efetivados os princípios do contraditório substancial, da isonomia processual e, sobretudo, assegurar a imparcialidade do juiz.

De fato, embora o magistrado julgue de acordo com a sua convicção, a legislação processual civil impõe o dever de motivação das decisões judiciais, o qual passou a exigir uma fundamentação mais técnica e específica, sob pena de nulidade do processo.

Mas, não é só. Enquanto agente estatal, as atividades do juiz são regidas pelo princípio da legalidade, sendo que a observância dos requisitos legais para a sua atuação acarretam uma análise de existência e validade da relação processual. Destarte, além do exame de competência, a atividade jurisdicional é indissociável da efetiva ocorrência de

³¹ Lúcio Delfino, ao estabelecer um paralelo entre o ativismo judicial e o princípio da cooperação ressalva que: “É preciso respeitar o contraditório em seus limites semânticos, dobrar-se ao devido processo constitucional, pois isso significa também a preservação da essência mesma da jurisdição, que é a imparcialidade do juiz, muito embora se encontre ela, é preciso reconhecer, bastante desbotada nestes tempos estranhos em que próprio o Supremo Tribunal Federal parece se acocorar perante clamores populares, chegando ao ponto de reescrever (para pior) os nossos tão caros direitos fundamentais. (DELFINO, Lúcio. Cooperação processual no novo CPC pode incrementar ativismo judicial. Revista Conjur. Disponível: < <https://www.conjur.com.br/2016-mai-02/cooperacao-processual-cpc-incrementar-ativismo-judicial> >. Acessado: 03/03/2019.

³² Luiz Guilherme Marinoni explica o dever de cooperação do juiz: “encarar o processo civil como uma comunidade de trabalho regida pela ideia de colaboração, portanto, é reconhecer que o juiz tem o dever de cooperar com as partes, a fim de que o processo civil seja capaz de chegar efetivamente a uma decisão justa, fruto de *efético* ‘dever de engajamento’ do juiz no processo. Longe de aniquilar a autonomia individual e auto-responsabilidade das partes, a colaboração apenas viabiliza que o juiz atue para a obtenção de uma decisão justa com a incrementação de seus poderes de condução no processo, responsabilizando-o igualmente pelos seus resultados. A colaboração não apaga obviamente o princípio da demanda e as suas consequências básicas: o juízo de conveniência a respeito da propositura ou não da ação e a delimitação do mérito da causa continuar tarefas ligadas exclusivamente à conveniência das partes. O processo não é encarado nem como coisa exclusivamente das partes, nem como coisa exclusivamente do juiz – é uma coisa comum ao juiz e às partes (*chose commune des parties et du juge*)”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Curso de Processo Civil. Ed. RT. 2015. p. 74-75.).

imparcialidade, motivo pelo qual a legislação processual civil manteve as regras de impedimento e suspeição do juiz³³.

Não se pode olvidar que todas as exigências constitucionais que recaem sobre o juiz refletem em seus auxiliares, a começar pelas regras de suspeição e impedimento, a teor de norma expressa nesse sentido, prevista no Código de Processo Civil³⁴. Partindo de uma interpretação analógica da norma, considerando que o auxiliar também deve ser um sujeito imparcial, comprometido com a adequada prestação da tutela jurisdicional, dúvidas não

³³ Nesse sentido, destacam-se os arts. 144 e 145, ambos do novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§ 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§ 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

§ 2º Será ilegítima a alegação de suspeição quando:

I - houver sido provocada por quem a alega;

restam quanto à necessidade de observância, por tais auxiliares, das demais normas constitucionais que permeiam o novo processo civil.

Aliás, como é sabido, os auxiliares, no novo Código de Processo Civil, pertencem à justiça e, não, ao juízo ou ao juiz, tratando-se de um profissional que atua nos processos judiciais, em colaboração com a jurisdição, a fim de que seja prestada a adequada tutela jurisdicional. Em outras palavras, pode-se afirmar que, com o objetivo de democratizar o processo, tornando a função jurisdicional ainda mais impessoal e imparcial, o legislador alterou a terminologia até então utilizada no diploma revogado, passando a tratar tais profissionais como auxiliares da justiça. Trata-se, pois, de atividade-meio, para fins da salvaguarda dos direitos constitucionais da tutela jurisdicional efetiva³⁵.

Nesse contexto, todo o sistema processual civil foi remodelado pela Lei n. 13.105/2015, com o claro intuito de estabelecimento de uma nova cultura judicial, a partir da qual o magistrado e os seus auxiliares são verdadeiros gestores do processo, preocupados não mais com a entrega de uma prestação jurisdicional formal, marcada pelo direito de ação e reação. A partir de tal marco a atividade jurisdicional vincula-se à produção e à entrega de decisões justas e efetivas, técnicas e integrais, preocupadas com a verdadeira e eficaz resolução da lide, mediante a identificação da verdade real.

4. O JUIZ NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A empresa é considerada um importante agente econômico e, exatamente por isso, as suas dificuldades econômico-financeiras representam verdadeira causa de preocupação à toda sociedade com a qual ela relaciona. Isso porque, como já é sabido, a empresa exerce uma função social no mercado em que atua, eis que tratada como verdadeira fonte produtora e mantenedora dos postos de trabalho.

Destarte, há um inegável interesse público em eventual instauração de um processo concursal, destinado à apuração da crise e à adoção das medidas legais e processuais

II - a parte que alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.

³⁴ Sobre o assunto, destaca-se o disposto no art. 148 do Diploma Processual Civil, segundo o qual “*aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição aos auxiliares da justiça*”.

³⁵ Nesse sentido, são valiosas as lições da doutrina: [...] são auxiliares da Justiça todas aquelas pessoas que de alguma forma participam da movimentação do processo, sob a autoridade do juiz, colaborando com este para tornar possível a prestação jurisdicional. (MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2012).

respectivas, ante os impactos negativos que a sua quebra pode acarretar na sociedade.³⁶

Entretanto, a existência da crise, por si só, não pode implicar na imediata decretação da quebra da empresa, eis que, por imposição legal, é indispensável a preservação das empresas economicamente viáveis, as quais devem adotar as medidas previstas no âmbito da Lei n. 11.101/2005, para fins de superação do estado de dificuldades³⁷.

Impera, pois, sobre as empresas economicamente viáveis, o princípio da preservação, a partir do qual *“o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos”*³⁸.

Desse modo, o instituto da falência limita-se às empresas manifestamente insolventes, sem quaisquer condições de reorganização da atividade econômica e, por conseguinte, sem meios de adotar os mecanismos destinados ao enfrentamento da crise³⁹.

Em quaisquer das hipóteses – falência e/ou recuperação judicial – o devedor empresário deverá recorrer ao Poder Judiciário para a concessão do pronunciamento jurisdicional respectivo, seja no sentido da decretação da quebra e da reunião do seu ativo para o pagamento do seu passivo, seja para a determinação das medidas legais destinadas à reorganização da atividade empresária e ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. Isso porque, por óbvio, será necessária a verificação, pelo Estado-Juiz, das implicações de quaisquer das medidas no mercado em que o devedor empresário atua,

³⁶ No mesmo sentido: *“Especificamente no campo do direito concursal, a relevância social e o reconhecimento do interesse público a ser por ele tutelado não são temas recentes, principalmente no que diz respeito às grandes empresas. [...] No âmbito do Direito nacional a valorização de novas perspectivas para lidar com a crise empresarial, tendo em vista interesses privados e públicos por ela abarcados, pode ser constatada tanto pelo fato de ter o legislador previsto institutos absolutamente novos voltados à preservação da empresa (recuperação judicial e extrajudicial) quanto pela profunda alteração de perspectiva com relação à falência, que passou a ser tratada como instrumento não apenas de liquidação, mas de preservação e otimização dos bens da empresa (art. 75)”*. (CEREZETTI, Sheila Christina Neder. A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 231).

³⁷ A esse respeito, destaca-se o disposto no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, *in verbis*: Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

³⁸ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial: direito de empresa, 2014, p. 79.

³⁹ São hipóteses de decretação de falência, nos termos da Lei n. 11.101/2005:

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4o do art. 56 desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1o do art. 61 desta Lei.

notadamente no que tange às suas relações com os seus fornecedores, colaboradores, consumidores e com o próprio Estado, este último na sua atividade arrecadatória.

Constata-se, portanto, que o juiz possui importante função nos processos concursais, especialmente no âmbito dos pedidos de recuperação judicial, em que os ônus da crise econômico-financeira são compartilhados com os seus credores, de maneira equilibrada e proporcional, na busca da preservação da empresa⁴⁰.

Também no processo concursal, o juiz deve exercer o seu poder-dever constitucional de zelar pelo contraditório, em busca de uma prestação jurisdicional célere e efetiva, sem permitir que seja imposta aos credores uma situação de penúria, incompatível com o princípio da divisão equilibrada de ônus, na recuperação judicial.

Destarte, o juiz não deve assumir uma postura passiva nos pedidos de recuperação judicial, com o pronunciamento de meras decisões homologatórias das deliberações oriundas das assembleias⁴¹. De igual modo, o juiz não deve se curvar aos entendimentos manifestados pelo auxiliar da justiça, o administrador judicial.⁴²

De fato, sob a ótica da nova legislação processual civil, é necessária a adoção de condutas democráticas, que privilegiem o debate, como forma de consecução do contraditório, em seu aspecto substancial, cujo direito de influenciar na construção das decisões judiciais deve ser sobrelevado.

Motivadamente, o Estado-Juiz deve impedir condutas e medidas dissonantes da lei e/ou do interesse coletivo, bem como impedir a concretização de planos eivados de nulidades e/ou de abusividades, que violem os direitos constitucionais dos envolvidos com o devedor empresário⁴³.

⁴⁰ Ao tratar do princípio da divisão equilibrada de ônus na recuperação judicial, Daniel Cárnio ensina que: “[...] A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão os seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou longo prazo, considerando que a recuperanda continuará a negociar com seus fornecedores. Entretanto, não se pode perder de vista que tudo isso se faz em função do atingimento do benefício social e, portanto, só faz sentido se for bom para o interesse social. O ônus suportado pelos credores em razão da recuperação judicial só se justifica se o desenvolvimento da empresa gerar os benefícios sociais reflexos que são decorrentes do efetivo exercício dessa atividade. [...] (Recuperação judicial de empresas – As novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular. COSTA, Daniel Carnio. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/recuperacao-judicial-de-empresas-as-novas-teorias-da-divisao-equilibrada-de-onus-e-da-superacao-do-dualismo-pendular/>> Acesso em 24/06/2020.

⁴¹ A esse respeito, salienta-se o disposto no Enunciado n. 44 da 1ª Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “*A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade.*”

⁴² O art. 149 do Código de Processo Civil elenca os auxiliares da justiça, entre eles, o administrador. Confira-se: “Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.”

⁴³ Jorge Lobo ensina que: “*O juízo da ação de recuperação judicial deve exercer, sempre, necessária e obrigatoriamente: 1º) o controle da legalidade formal, quando examinará questões, por exemplo, como: a) legitimidade ativa (arts. 1º e 47); b)*

Uma vez ampliados os poderes do juiz na condução do processo, sem que ocorra a configuração de um ativismo judicial autoritário, torna-se necessário o reconhecimento quanto à possibilidade e quanto à legalidade do controle judicial das deliberações assembleares, notadamente após a vigência do novo Código de Processo Civil, aplicado, subsidiariamente, aos pedidos de recuperação judicial⁴⁴.

Aliás, tal controle de legalidade não deve se ater aos aspectos formais do plano de recuperação judicial, verificando-se apenas questões de legitimidade, quóruns e demais requisitos impostos para a sua votação. O controle de legalidade aqui tratado deve abranger a análise dos requisitos substanciais do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia de credores, a exemplo da existência de fraude, bem como da adoção de condutas contrárias à lei, que configurem abuso de direito ou ato ofensor à boa-fé.

Nesse sentido, a ministra Nancy Andrichi, quando do voto proferido nos autos do Recurso Especial n. 1.314.209 – SP, reconheceu que “*a obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impossibilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembleia. [...]*”⁴⁵

Ora, havendo ilegalidades ou inconstitucionalidades no plano de recuperação judicial aprovado em assembleia de credores, dúvidas não restam quanto à obrigatoriedade de manifestação, pelo juiz, enquanto agente do Estado e gestor do processo, ainda mais sob a ótica do novo diploma processual civil, já que o princípio da soberania das decisões assembleares não deve ser considerado como absoluto, em prol do devido processo legal.

Como se não bastasse, o princípio da preservação da empresa não pode impor à coletividade envolvida no pedido de recuperação judicial uma situação de violação à propriedade privada e/ou aos demais direitos constitucionais salvaguardados aos credores, com amparo num discurso falho de reequilíbrio econômico-financeiro da empresa devedora, sob pena de o processo concursal se tornar uma forma de frustrar o pagamento de créditos, cujas expectativas são legítimas, chancelada pelo Estado-Juiz.⁴⁶

preenchimento dos requisitos do art. 48; c) atendimento de exigências sobre convocação, instalação e deliberação da assembleia geral de credores (arts. 36 a 45); d) observância das formalidades legais referentes à publicação de editais; e, outrossim, 2º) o controle da legalidade material ou substancial, em que verificará se houve, por exemplo: a) fraude à lei ou abuso de direito, quer por parte do devedor, quer por credores; b) acordos contrários à lei, à moral, aos bons costumes, à boa-fé objetiva, ao interesse público, etc.” (Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, coord. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão, São Paulo, Saraiva, 2005, pg. 154).

⁴⁴ Destaca-se, por oportuno, a redação do art. 189 da Lei n. 11.101/2005: Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.

⁴⁵ Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 24.06.2020.

⁴⁶ Sobre a questão, destaca-se o seguinte trecho, extraído do acórdão n. Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000, *in verbis*: Na linha de tal ensinança, só se pode afirmar que a Assembleia-Geral de Credores é soberana, quando ela obedece a Constituição da República seus princípios e regras - e as leis constitucionais. Se a Assembleia-Geral de Credores aprova pelo quorum estabelecido na Lei nº 11.101/2005 um plano que viole princípios ou regras, compete ao Poder

Partindo-se, pois, de tal premissa, constata-se que *“as regras negociais insertas no plano aprovado precisam, sob pena de invalidade, respeitar os princípios cogentes de direito privado e a violação destes princípios impõem a anulação da cláusula respectiva e a negativa de homologação judicial.”*⁴⁷

Mas, não é só. Tendo em vista que, nos termos da Carta Magna, *“a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”*, é imperioso o controle de legalidade e constitucionalidade do processo concursal, em sua integralidade.

Com efeito, zelar pelo devido processo legal, marcado pelas normas fundamentais do novo Código de Processo Civil é função imputada ao juiz e aos seus auxiliares, na medida em que são verdadeiros gestores do processo concursal, guiados pelos princípios em comento.

Destarte, o juiz deve zelar pelo princípio do contraditório, da ampla defesa, em busca de um processo concursal célere e efetivo, preocupando-se com a verdade real dos fatos, sob pena de chancelar condutas ilícitas de devedores empresários que objetivam a provocação da jurisdição para a concretização dos seus anseios mais egoísticos e totalmente descomprometidos com a intenção legítima do legislador, prevista na Lei n. 11.101/2005, no sentido da recuperação e preservação das empresas economicamente viáveis.

5. CONCLUSÃO

Em atenção aos princípios constitucionais insculpidos no novo Código de Processo Civil de 2015, o juiz e os seus auxiliares receberam funções novas, enquanto verdadeiros sujeitos e gestores do processo, as quais lhes impõem uma participação mais ativa, em busca da concretização de um processo justo, integral e efetivo.

Isso porque, segundo a recente legislação processual civil, não se admite o processo marcado pelo contraditório formal, em que ele se aperfeiçoa pela simples ação e reação das partes. A partir de então, é necessário viabilizar a participação das partes na construção da decisão jurisdicional, ainda que ela tenha um caráter meramente homologatório, como ocorre no processo concursal.

No âmbito dos pedidos de recuperação judicial, destinados ao soerguimento de empresas economicamente viáveis, o contraditório substancial se aperfeiçoa a partir da livre

Judiciário [que, como já afirmei, não é mero chancelador de deliberações assembleares tanto que tem o poder-dever de não aplicar regras inconstitucionais] o dever de recusar a homologação ao plano viciado. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 24.06.2020.

⁴⁷ Trecho extraído do acórdão n. 2203730-79.2015.8.26.0000, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de Relatoria do i. Des. Fortes Barbosa. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 24.06.2020.

manifestação dos credores, do administrador judicial e do próprio juiz, em um processo democrático de discussão, relativamente aos requisitos intrínseco e extrínsecos do plano de recuperação judicial, para fins da realização do seu controle de legalidade.

Destarte, a despeito do princípio da soberania das decisões proferidas pela assembleia de credores, relativamente à aprovação do plano de recuperação judicial, é indispensável a consecução de um controle de legalidade do negócio jurídico celebrado, em seu aspecto formal e material, como forma de resguardar os direitos constitucionais envolvidos no processo concursal.

A soberania da assembleia geral de credores é, pois, reconhecida, mas vinculada à aprovação de um plano de recuperação judicial livre de vícios e em consonância com o princípio da equilibrada distribuição dos ônus da recuperação judicial. Caso contrário, respalda-se a intervenção do Estado-Juiz, que deve se recusar de proferir a decisão de homologação.

Conclui-se, por fim, que diante do poder-dever outorgado constitucionalmente ao Estado-Juiz, ele deve realizar um controle de legalidade e de constitucionalidade de todo o processo concursal, sempre em prol do devido processo legal, afastando-se dos interesses particulares que, inevitavelmente, ofendem, os princípios constitucionais insculpidos na nova legislação processual civil.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008- Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Revista Eletrônica de Direito e de Estado (REDE), Salvador, n. 18, abril/maio/junho 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Lumen Juris, 2011.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Malheiros editores, 2010.

CNJ. **Mediação e Conciliação: qual a diferença?** < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>>.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**, 2014.

COSTA, Daniel Cárnio. **Recuperação judicial de empresas – As novas teorias da divisão equilibrada de ônus e da superação do dualismo pendular**. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/recuperacao-judicial-de-empresas-as-novas-teorias-da-divisao-equilibrada-de-onus-e-da-superacao-do-dualismo-pendular/>>.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elemento de Teoria Geral do Estado**, 1999.

DELFINO, Lúcio. **Cooperação processual no novo CPC pode incrementar ativismo judicial**. Revista Conjur. Disponível: < <https://www.conjur.com.br/2016-mai-02/cooperacao-processual-cpc-incrementar-ativismo-judicial> >.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria d aprova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivim, 2015. V.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DONIZETE, Elpídio. Poderes, deveres e responsabilidades do Juiz. < <https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/358236412/poderes-deveres-e-responsabilidades-do-juiz>>.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Novos estudos**. - CEBRAP, São Paulo, n. 96, jul. 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOBO, Jorge. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. coord. Paulo F. C. Salles de Toledo, Carlos Henrique Abrão, São Paulo, Saraiva, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Editora RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**. Ed. RT. 2015.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. **Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. Vol. 2, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – Decido Conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 172.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas Essenciais do Novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro,** 2016.