

Colaboración en el proceso civil como *prêt-à-porter*? Una invitación al diálogo a Lênio Streck*

Sumario: 1. Introducción. 2. La crítica. 3. La crítica de la crítica. 4. Consideraciones finales. Bibliografía.

1. Introducción

Recientemente trabajamos contacto con interesantes consideraciones de Lênio STRECK respecto del papel reservado a la colaboración en la teoría del proceso civil. Teniendo en cuenta la relevancia que atribuimos a sus ideas, así como a su sólida y justa reputación en nuestra comunidad académica, consideramos oportuno debatir algunos puntos concernientes al tema, a fin de que se pueda comprender cuál es el significado efectivo de la colaboración en la dogmática del proceso civil.

2. La crítica

En la tercera edición de su *Verdad y consenso*, al enumerar ejemplos de aquello que llama de *principiologismo*, observa Lênio STRECK: “principio de la cooperación procesal: ese *prêt-à-porter* ‘propicia’ que jueces y mandatarios cooperen entre sí, de modo a alcanzarse, de una forma ágil y eficaz, la justicia en el caso concreto. Pero, ¿y si las partes no cooperasen? ¿En qué condiciones un *standard* de ese quilate puede ser efectivamente aplicado? ¿Hay sanciones en caso de ‘no cooperación’? ¿Cuál será la ilegalidad o inconstitucionalidad proveniente de su no aplicación?”¹.

Páginas más adelante, dice: “De ahí mi insistencia: principios no son reglas; no pueden ser transformados en reglas; y no pueden tener la función de reglas o meta-reglas. Un ejemplo que denota bien esa problemática es el ‘principio’ de la cooperación procesal, creación de la dogmática jurídica para ‘optimizar’ el proceso como instrumentalidad. Pero, ¿de qué trata ese principio? ¿Cuál es su ADN? ¿Cuál es su historia institucional? ¿Cuál o cuáles reglas, en el plano de la aplicación, está o están siendo enunciadas? ¿Cuál es la dimensión del mundo práctico posibilitada o exigida por la aplicación de determinada(s) regla(s) relacionadas con ese ‘principio’? Tales preguntas no poseen respuesta en el plano de la teoría de los principios predominante, una vez que el aludido ‘principio’ tiene, en realidad, pretensión de regular el proceso. Solo que es esa peculiaridad que va ‘abrir’ en

* Publicado en *Revista do Processo*, n. 194. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril 2011, pp. 55-68.

¹ *Verdade e consenso*, 3ª ed. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 485.

favor del juez un espacio de discrecionalidad aún mayor del que aquel que poseía en el ámbito del viejo positivismo”².

Y, finalmente, remata: “¿En qué puede la ‘cooperación procesal’ –decantado en un nuevo ‘principio procesal’–invalidar una regla o ‘determinar’ el rumbo de una decisión judicial? O, ¿en qué circunstancia una regla se sobrepone a otra –en el plano de las antinomias *stricto sensu*– teniendo por base esa ‘cooperación procesal’? La respuesta parece obvia. La ‘cooperación procesal’ no es un principio; no está dotada de densidad normativa; las reglas que tratan de los procedimientos procesales no adquieren espesura ontológica frente a la incidencia de ese *standard*. Dicho de otro modo, la ‘cooperación procesal’ –en los moldes en que viene siendo propagada– ‘vale’ tanto como decir que todo proceso debe tener instrumentalidad o que el proceso debe ser tempestivo o que las partes deben tener buena fe. Sin el carácter deontológico, el *standard* no pasa de ser un elemento que ‘adorna’ y proporciona ‘orientaciones’ a la argumentación. Puede funcionar en el plano performativo del Derecho. Pero, a toda evidencia, no como ‘deber ser’”³.

3. La crítica de la crítica

Las observaciones de Lênio STRECK suscitan el debate de varias cuestiones respecto de la colaboración en el proceso civil⁴. Para fines de estructuración de nuestro discurso, podemos agruparlas en tres grandes frentes: (a) qué es; (b) cómo funciona; y (c) cuáles son las consecuencias de su no observancia.

Primer frente.

¿Qué significa colaboración en el proceso civil? Respuesta: la colaboración es un *modelo de proceso civil* y es un *principio*.

La colaboración es un modelo de proceso civil que busca organizar el papel de las partes y del juez en la conformación del proceso⁵. En otras palabras: busca

² *Ibidem*, p. 534.

³ *Ibidem*, pp. 538-539.

⁴ El tema nos es particularmente caro, ya que fue objeto de nuestra tesis de doctorado (*Bases para construção de um processo civil cooperativo – o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*, UFRGS, 2007, Orientador Profesor Titular Doctor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), posteriormente publicada por la Editora Revista dos Tribunais bajo el título *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁵ Busca, por tanto, a dar respuesta al clásico problema de la “división de trabajo” entre el juez y las partes, para parafrasear a José Carlos BARBOSA MOREIRA en su clásico ensayo “O problema da ‘divisão do trabalho’ entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos”. In *Temas de direito processual*, cuarta serie. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 35-44. Por la óptica de la colaboración, el proceso es una verdadera *comunidad de trabajo* (*Zivilprozess als Arbeitsgemeinschaft*), expresión normalmente atribuida a Leo ROSENBERG (conforme, entre muchos, José Lebre de FREITAS. *Introdução ao processo civil – Conceitos e princípios gerais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 168). A propósito, se emplea aquí la palabra “modelo” con el sentido propuesto por Miguel REALE. *O direito como experiência*, 2ª ed., 4º tiraje. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 172-173.

dar forma al formalismo del proceso, dividiendo de forma equilibrada el trabajo entre todos sus participantes⁶. Como modelo, la colaboración rechaza la jurisdicción como polo metodológico del proceso civil, ángulo de visión evidentemente unilateral del fenómeno procesal, privilegiando en su lugar la propia idea de proceso como centro de su teoría⁷, concepción más pluralista y correlativa a la forma democrática ínsita al Estado Constitucional⁸.

Semejante modelo procesal resulta de la superación histórica –y, por tanto, cultural– de los modelos de proceso isonómico y de proceso asimétrico⁹. Hay quien caracterice la cooperación, inclusive, a partir de las conocidas líneas del proceso dispositivo y del proceso inquisitorio¹⁰. Por tanto, sea cual fuese la perspectiva, es cierto que el análisis histórico-dogmático de la *tradición* procesal civil muestra el rastro por el cual se formó y ganó cuerpo la colaboración en nuestro contexto procesal. Como se puede percibir, es muy fácil reconstruir sus pasos por los corredores de la historia.

La colaboración es un modelo que se estructura a partir de presupuestos culturales que pueden ser enfocados bajo el ángulo social, lógico y ético¹¹. Desde el

⁶ Por formalismo-valorativo entiéndase la “totalidad formal del proceso, comprendiendo no sólo la forma, o las formalidades, sino especialmente la delimitación de los poderes, facultades y deberes de los sujetos procesales, coordinación de su actividad, ordenación del procedimiento y organización del proceso, con vista a que sean alcanzadas sus finalidades primordiales” (Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28). La cooperación busca promover un “punto de equilibrio” entre las posiciones jurídicas de todos los participantes del proceso (Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. In *Revista da Ajuris*, n. 90. Porto Alegre, 2003, p. 62).

⁷ Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. Ob. cit., pp. 44-46.

⁸ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 89.

⁹ Sobre los modelos de proceso isonómico y de proceso asimétrico, cfr. Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. Ob. cit., pp. 63-103, con amplia exposición bibliográfica, con destaque a las obras de Nicola PICARDI y Alessandro GIULIANI (de ambos, *La responsabilità del giudice*. Milán: Giuffrè, 1995; del primero, Voz: “*Processo civile: c) Diritto moderno*”. In *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè, 1987, vol. XXXVI; “*Audiat et altera pars*” – Le matrici storico-culturali del contraddittorio”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 2003; del segundo: *Il concetto di prova – Contributto alla logica giuridica*. Milán: Giuffrè, 1971; “L’ordo judicarius medioevale – Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico”. In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1988). Asimismo, adoptando expresamente la colaboración como modelo proceso civil: Fredie DIDIER Jr. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 46-49; Artur CARPES. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 61-65.

¹⁰ Es el camino trazado por Eduardo GRASSO. “La collaborazione nel processo civile”. In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1966, y Rudolf WASSERMANN. *Der soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978, esp. pp. 97-125, en donde se tiene como plano de fondo el aspecto liberal y social de las instituciones procesales. En Brasil, por el mismo camino, Dierle NUNES. *Processo jurisdiccional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 39-140, a pesar de que no hable expresamente en colaboración. Aunque la literatura sobre proceso dispositivo y proceso inquisitorio sea inmensa, es posible buscar un buen panorama en Mauro CAPPELLETTI. *La testimonianza della parte nell sistema dell’oralità*, vol. I. Milán: Giuffrè, 1962, pp. 303-375.

¹¹ Con mayor detenimiento, cfr. Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. Ob. cit., pp. 63-103.

punto de vista social, el *Estado Constitucional de ningún modo puede ser confundido con el Estado-enemigo*. En ese sentido, así como la sociedad puede ser comprendida como un emprendimiento de cooperación entre sus miembros buscando el provecho mutuo¹², también el Estado deja de tener un papel de pura abstención y pasa a tener que prestar positivamente para cumplir con sus deberes constitucionales. No es coincidencia, en lo que concierne específicamente al proceso, que el derecho al proceso justo no pueda ser entendido sino como un derecho a prestación y, más específicamente, como derecho a la organización de un proceso justo¹³.

Desde el punto de vista lógico, el proceso cooperativo presupone el reconocimiento del *carácter problemático del Derecho*, rehabilitándose su *función argumentativa*. Se pasa de la lógica apodíctica a la lógica dialéctica¹⁴.

Finalmente, desde el punto de vista ético, el proceso pautado por la colaboración es un proceso *orientado por la búsqueda, tanto como sea posible, de la verdad*¹⁵, y que más allá de otorgar relevancia a la *buena fe subjetiva*, también exige de todos sus participantes la observancia de la *buena fe objetiva*¹⁶, siendo el juez también su destinatario¹⁷.

¹² Marie-Emma BOURSIER. *Le principe de loyauté en droit processuel*. París: Dalloz, 2003, p. 297.

¹³ Ingo Wolfgang SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 194.

¹⁴ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. “A garantia do contraditório”. In *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 231.

¹⁵ Michele TARUFFO. “Idee per una teoria della decisione giusta”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 1997, p. 320. Para una amplia discusión del problema de la verdad en la perspectiva del proceso, cfr. Michele TARUFFO. *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009. Para un diálogo crítico, cfr. Daisson FLACH. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁶ Lo que implica reconocer una serie de *comportamientos* como prohibidos a sus participantes. La buena fe objetiva se revela en el comportamiento merecedor de fe, que no frustre la confianza del otro. Actúa con comportamiento adecuado aquel que no abusa de sus posiciones jurídicas. La doctrina apunta que son manifestaciones de la protección a la buena fe en el Derecho la *exceptio doli*, el *venire contra factum proprium*, la imposibilidad de alegar nulidades formales, la *supressio* y la *surrectio*, el *tu quoque* y el desequilibrio en el ejercicio del derecho (en la doctrina en general, cfr. António Menezes CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001; en la doctrina brasileña, cfr. Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000). En todos estos casos existe abuso del derecho y frustración a la confianza y, por ello, a la buena fe como regla de conducta. La *exceptio doli* es la excepción que tiene la persona para paralizar el comportamiento de quien actúa contra sí mismo. El *venire contra factum proprium* revela la prohibición de comportamiento contradictorio, y traduce el ejercicio de una posición jurídica en contradicción con el comportamiento asumido anteriormente por el ejercitante. Actúa contradictoriamente quien, dentro del mismo proceso, frustra la confianza de uno de sus participantes. La imposibilidad de alegación de vicios formales protege la buena fe objetiva en la medida que prohíbe la alegación de vicios formales por quien les dio causa, intencionalmente o no, siempre que por allí se pueda inferir el aprovechamiento indebido de la situación creada con la deconstitución del acto. La *supressio* constituye la supresión de determinada posición jurídica de alguien que, no habiéndola ejercitado por cierto espacio de tiempo, hace creer firmemente a alguien que no será ejercitada. La *supressio* lleva a la *surrectio*, esto es, al surgimiento de un derecho por la ocurrencia de la *supressio*. El *tu quoque* traduce la prohibición de

Todo sumado, el modelo de proceso civil pautado por la colaboración busca otorgar una *nueva dimensión al papel del juez en la conducción del proceso*. El juez del proceso cooperativo es un juez isonómico en su conducción y asimétrico apenas cuando impone sus decisiones. *Desempeña un doble papel: es paritario en el diálogo y asimétrico en la decisión*¹⁸.

Más allá de un modelo, la colaboración también es un principio jurídico¹⁹, pues impone un *estado de cosas* que tiene que ser promovido²⁰. El fin de la colaboración es servir de elemento para la organización de un proceso justo, idóneo para alcanzar una decisión justa²¹. Para que el proceso sea organizado de forma justa, sus participantes deben tener posiciones jurídicas equilibradas a lo largo del procedimiento.

El principio de colaboración tiene firme asiento en el Estado Constitucional. No hay proceso justo sin colaboración²². La necesidad de *participación* que se encuentra en la base de la *democracia contemporánea* asegura su fundamento normativo²³. Es preciso percibir que la defensa del proceso cooperativo encierra – antes que cualquier cosa– la necesidad de un *nuevo dimensionamiento de poderes en el*

que determinada persona ejerza posición jurídica proveniente de la violación de una norma jurídica ocasionada por ella misma. El derecho no puede surgir de la violación del propio Derecho o, como dice el viejo adagio del *Common Law*: *equity must come with clean hands*. La idea de desequilibrio en el ejercicio del derecho revela, en su conjunto, el despropósito entre el ejercicio del derecho y los efectos derivados de él. Tres son las manifestaciones del ejercicio desequilibrado del derecho: el ejercicio inútil dañoso, la idea subyacente al brocardo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* y la desproporcionalidad entre la ventaja obtenida por el titular del derecho y el sacrificio impuesto por el ejercicio a otro (cfr. Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; también, cfr. Fredie DIDIER Jr. *Fundamentos do princípio da cooperação*. *Ob. cit.*, pp. 79-103).

¹⁷ Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. *Ob. cit.*, p. 96.

¹⁸ *Ibidem*, p. 73. Con expresa adhesión, Fredie DIDIER Jr. *Fundamentos do princípio da cooperação*. *Ob. cit.*, p. 48.

¹⁹ Partimos aquí de la acatada concepción de principio sustentada por Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, cuya seriedad e importancia son atestadas no sólo por el debate que viene suscitando en Brasil, sino también por su circulación en el escenario internacional con la publicación de versiones de su trabajo sobre el asunto en alemán (*Theorie der Rechtsprinzipien*), con prefacio de Claus-Wilhelm CANARIS, y en inglés (*Theory of Legal Principles*), con prefacio de Frederick SCHAUER. Para una detallada exposición de la colaboración como principio jurídico, partiendo igualmente de la obra de Humberto ÁVILA, cfr. Fredie DIDIER Jr. *Fundamentos do princípio da cooperação*. *Ob. cit.*, pp. 50-56. También situando la colaboración como principio, cfr. Antônio do Passo CABRAL, *Nulidades no processo moderno – Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Río de Janeiro: Forense, 2009, pp. 215-236.

²⁰ Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios*. *Ob. cit.*, pp. 78-79.

²¹ Fin indeleble del proceso civil en el marco teórico del formalismo-valorativo, del cual se parte. Cfr. Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil*. *Ob. cit.*, p. 99; Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA; Daniel MITIDIERO. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16, vol. I.

²² Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. *Ob. cit.*, p. 95; Fredie DIDIER Jr. *Fundamentos do princípio de cooperação*. *Ob. cit.*, p. 79.

²³ Así, por todos, Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. In *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 269.

proceso, lo que implica una necesidad de revisión de la cuota de participación que se concede a cada uno de sus participantes a lo largo del iter procesal. En otras palabras: la colaboración busca organizar la participación del juez y de las partes en el proceso civil de forma equilibrada.

Tras esas observaciones, por cierto, *queda claro que, aunque se parte de otra acepción de principio, como la propuesta por Lênio en el sentido de que un principio sólo existe a partir de una regla y de que no hay regla sin principio*²⁴, *es perfectamente posible ver en la colaboración un principio jurídico, ya que ella determina la conformación y la comprensión de las reglas inherentes a la estructura mínima del derecho al proceso justo. La colaboración determina la conformación del derecho al proceso justo y, por tanto, de sus reglas.*

Segundo frente.

¿Cómo funciona la colaboración en el proceso civil? Respuesta: mediante la institución de reglas de conducta para el juez.

Aquí importa dejar claro, desde ya, lo siguiente: *la colaboración en el proceso civil no implica colaboración entre las partes. Las partes no quieren colaborar. La colaboración en el proceso civil que es debida en el Estado Constitucional es la colaboración del juez para con las partes. Resáltese: no se trata de colaboración entre las partes. Las partes no colaboran ni deben colaborar entre sí sencillamente porque obedecen a diferentes intereses en lo que respecta a la suerte del litigio*²⁵.

La colaboración se estructura a partir de la previsión de *reglas* que deben ser seguidas por el juez en la conducción del proceso. El juez tiene los deberes de esclarecimiento, prevención, consulta y auxilio para con los litigantes. Es así como funciona la cooperación. *Esos deberes consustancian las reglas que están siendo enunciadas cuando se habla de colaboración en el proceso civil. La doctrina es pacífica respecto del asunto*²⁶.

²⁴ *Ibidem*, p. 475-543.

²⁵ El punto es pacífico en la doctrina: Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil. Ob. cit.*, p. 102. A propósito, el Proyecto del CPC presentado al Senado Federal preveía, en su art. 5, que “las partes tienen derecho de participar activamente del proceso, cooperando entre sí y con el juez, y proporcionándole ayuda para que emita decisiones urgentes, realice actos ejecutivos o determine la práctica de medidas de urgencia”. Criticamos el punto, señalando precisamente que es “la propia estructura adversarial ínsita al proceso contencioso que repele la idea de colaboración entre las partes” (cfr. Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73). El Senado Federal, en el texto sustitutorio que envió a la Cámara de Diputados, dio una nueva redacción al dispositivo retirando el deber de cooperación entre las partes, atendiendo a nuestra crítica.

²⁶ Así, en la doctrina portuguesa, cfr. Miguel Teixeira de SOUSA. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, pp. 65-67; en la doctrina nacional, cfr. Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil. Ob. cit.*, p. 76; Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA y Daniel MITIDIERO. *Curso de processo civil. Ob. cit.*, p. 81; Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *Código de Processo Civil Comentado. Ob. cit.*, p. 174; Fredie

El deber de esclarecimiento constituye “el deber de que el tribunal esclarezca junto a las partes las dudas que tenga sobre las alegaciones, pedidos o posiciones de éstas”²⁷. El deber de prevención consiste en el deber de que el órgano jurisdiccional prevenga a las partes del peligro de que el éxito de sus pedidos “sea frustrado por el uso inadecuado del proceso”²⁸. El deber de consulta presupone el deber de que el órgano judicial consulte a las partes antes de decidir sobre cualquier cuestión, posibilitando que ellas lo influyeran respecto del rumbo a ser dado a la causa²⁹. Ya el deber de auxilio es “el deber de auxiliar a las partes en la superación de eventuales dificultades que impidan el ejercicio de derechos o facultades o el cumplimiento de cargas o deberes procesales”³⁰.

Y aquí hay un punto curioso: el deber de consulta, aspecto esencial de la colaboración en el proceso civil, también es defendido por el propio LÊNIO STRECK cuando reconoce la necesidad “de que el proveimiento sea efectivamente influenciado por la argumentación de los interesados (cláusula del contradictorio como garantía de influencia)” y cuando exige, a partir de allí, la necesidad de obtención de motivación completa por parte del órgano jurisdiccional³¹. *Esos son puntos desde hace mucho sostenidos por la doctrina que lucha por la estructura cooperativa del proceso civil*³². A propósito, hablar de proceso “co-participativo” y “policéntrico”³³ o en la necesidad de instituirse en el proceso “una comunión de singularidades” en lugar de “monólogos articulados”³⁴ –terminologías con las que ciertamente LÊNIO STRECK concuerda– revela en el fondo la percepción de los

DIDIER Jr. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 12ª ed. Salvador: JusPodium, 2010, pp. 80-82, quien habla de deberes de esclarecimiento, consulta y prevención; LÚCIO GRASSI, “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. In *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6. A propósito, para la aplicación de los deberes de colaboración a lo largo de todo el iter del proceso común, cfr. Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. *Ob. cit.*, pp. 105-154.

²⁷ Miguel Teixeira de SOUSA. *Estudos sobre o novo processo civil*. *Ob. cit.*, p. 65. Ejemplo: determinación de enmienda de petición inicial por defecto de narrativa (art. 295, párrafo único, inciso II, CPC).

²⁸ *Ibidem*, p. 66. Como ejemplo de deber de prevención, observa Jesús GONZÁLES PÉREZ. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed. Madrid: Civitas, 1989, pp. 65-66, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que le es prohibido al juez no conocer de determinada postulación de la parte por defecto procesal sanable sin que se haya dado oportunidad para que la parte lo subsane. Dicha conducta afronta, según el autor y la jurisprudencia española, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

²⁹ Miguel Teixeira de SOUSA. *Estudos sobre o novo processo civil*. *Ob. cit.*, pp. 66-67.

³⁰ *Ibidem*, p. 67. Ejemplo: el deber de que el órgano jurisdiccional ordene al ejecutado que indique bienes para el embargo ejecutivo (art. 652, § 3, CPC).

³¹ “O problema do ‘livre convencimento’ e do ‘protagonismo judicial’ nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico”. In Barros, Flaviane de Magalhães; Bolzan de Moraes, José Luis (coords.). *Reforma do processo civil – Perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, pp. 68-69.

³² Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. *Ob. cit.*, pp. 73-74, 91-94 y 134-140; Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. “O juiz e o princípio do contraditório”. In *Revista de processo*, n. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; “A garantia do contraditório”. *Ob. cit.*; “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Ob. cit.*

³³ Dierle NUNES. *Processo jurisdiccional democrático*. *Ob. cit.*, p. 125.

³⁴ Jânia Lopes SALDANHA; Ângela ESPÍNDOLA y Cristiano ISAIA, “Interrogações sobre princípios processuais previstos no projeto do novo Código de Processo Civil”. In Barros, Flaviane de Magalhães; Bolzan de Moraes, José Luis (coords.). *Reforma do processo civil*. *Ob. cit.*, pp. 193-194.

mismos problemas en cuanto a la manera de encarar el proceso civil tradicional y la necesidad de suministrar, en larga medida, los mismos remedios para volverlo idóneo para la sociedad actual.

Tercer frente.

¿Cuáles son las consecuencias del no cumplimiento de los deberes de colaboración? Respuesta: inconstitucionalidad por afrenta al derecho fundamental al proceso justo (art. 5, inciso LIV, CF), posibilidad de responsabilidad judicial (art. 133, CPC) y, específicamente en el caso del deber de auxilio, posibilidad de multa punitiva a la parte que, indirectamente, frustra la posibilidad de colaboración del juez para con la parte contraria (art. 14, CPC).

El juez que se omite en el cumplimiento de sus deberes de cooperación viola el derecho al proceso justo. Los deberes de esclarecimiento, consulta y prevención, siendo deberes que el juez puede cumplir *independientemente* de cualquier conducta a ser adoptada por la parte contraria ante la cual tiene el deber de colaborar, pueden generar responsabilidad del juez por ausencia (art. 133, CPC). Ya el deber de auxilio, que muchas veces depende de un determinado comportamiento de la parte contraria para que el juez pueda colaborar con la otra, da lugar a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional la sancione por incumplimiento de su deber de obediencia al juez (art. 14, CPC)³⁵.

4. Consideraciones finales

Estamos plenamente de acuerdo con la necesidad de controlar la utilización indebida y desordenada de normas jurídicas que, a veces, ocurre en la práctica judicial de nuestro país. Es preciso, sin embargo, separar la paja del trigo. La colaboración es un *proyecto auténtico* del proceso justo en el Estado Constitucional (para usar una expresión en homenaje a Lênio STRECK). Banalizarla, tratándola sin mayores cuidados, constituye una empresa, cuando mínimo, temeraria. Conviene evitarla.

Bibliografía

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "A garantia do contraditório". In *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 231.

³⁵ Tanto es así que, al criticar la redacción del art. 5 del Proyecto del CPC, sugerimos la inclusión de un párrafo con la siguiente redacción: "siempre que la colaboración del juez para con una de las partes dependa de la práctica de un acto de la parte contraria, éste podrá imponer multa coercitiva para estimular el cumplimiento y multa sancionatoria por el incumplimiento de la orden de cooperación" (Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *O projeto do CPC. Ob. cit.*, p. 74).

- ____. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ____. “O juiz e o princípio do contraditório”. In *Revista de processo*, n. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- ____. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. In *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ____. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. In *Revista da Ajuris*, n. 90. Porto Alegre, 2003.
- ____ y MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O problema da ‘divisão do trabalho’ entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos”. In *Temas de direito processual*, quarta serie. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003, p. 297.
- CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno – Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nell sistema dell’oralità*, vol. I. Milán: Giuffrè, 1962.
- CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1, 12ª ed. Salvador: JusPodium, 2010.
- ____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 46-49.
- FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – Conceitos e princípios gerais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova – Contributto alla logica giuridica*. Milán: Giuffrè, 1971.
- _____. “L’ordo judicarius medioevale – Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico”. In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1988.
- _____. y PICARDI, Nicola *La responsabilità del giudice*. Milán: Giuffrè, 1995.
- GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed. Madrid: Civitas, 1989.
- GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. In *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, 2003.
- GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1966.
- MARINONI, Luiz Guilherme y MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo – o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*, UFRGS, 2007, Orientador Profesor Titular Doctor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.
- _____. *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, Dierle. *Processo jurisdiccional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PICARDI, Nicola. “Processo civile: c) Diritto moderno”. In *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI. Milán: Giuffrè, 1987.
- _____. “‘Audiatur et altera pars’ – Le matrici storico-culturali del contraddittorio”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 2003.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*, 2ª ed., 4º tiraje. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALDANHA, Jânia Lopes; Ângela ESPÍNDOLA y Cristiano ISAIA, “Interrogações sobre princípios processuais previstos no projeto do novo Código de Processo Civil”. In Barros, Flaviane de Magalhães; Bolzan de Moraes, José Luis (coords.). *Reforma do processo civil - Perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais - Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 194.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

STRECK, Lênio. “O problema do ‘livre convencimento’ e do ‘protagonismo judicial’ nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico”. In Barros, Flaviane de Magalhães; Bolzan de Moraes, José Luis (coords.). *Reforma do processo civil - Perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

_____. *Verdade e consenso*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARUFFO, Michele. “Idee per una teoria della decisione giusta”. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè, 1997

_____. *La semplice verità - Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess - Zur Theorie und Praxis des Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978.