

---

# Justicia multipuertas y tutela constitucional adecuada: autocomposición en los derechos colectivos

Multi-door justice and adequate constitutional protection:  
self-composition in collective rights

Hermes Zaneti Jr.<sup>1 2</sup>

**Resumen:** La búsqueda por la tutela de los derechos adecuada, tempestiva y efectiva, exige la adecuación del acceso a la tutela, ocurriendo un paso necesario de la justicia estatal imperativa, con la aplicación del Derecho objetivo como única finalidad del modelo de justicia, para la aplicación de la justicia de coexistencia, una mending justice. Surgen nuevas formas de acceso: la justicia se vuelve una justicia multipuertas. En el proceso colectivo, no es posible que haya renuncia al derecho sobre el que se funda la acción colectiva, que no es de titularidad del legitimado extraordinario colectivo, sino del grupo; es posible, en Brasil, la autocomposición en el proceso colectivo. La autocomposición tendrá límites más rigurosos, por no ser ellos los propios titulares del derecho que vehiculan la acción. El artículo desarrolla el tema de la autocomposición colectiva a través de la elucidación de los institutos de autocomposición aplicados al proceso colectivo.

**Palabras clave:** Proceso colectivo; Autocomposición; Justicia multipuertas; Adecuación.

**Abstract:** The search of adequate, timely and effective protection of rights requires the adaptation of access to protection, moving from an adjudicated state justice, which has as the sole purpose of the justice model the application of objective law, to application of a justice of coexistence, a mending justice. New forms of justice access emerge: justice becomes multi-door justice. In the collective process, it is not possible to waive the right on which the collective action is based, cause the collective plaintiff is not the right holder, but the group; it is possible, in Brazil, self-composition in the collective process. The self-composition will have more rigorous limits, since the negotiation has no participation of the right holders. The article develops the theme of collective self-composition through the elucidation of self-composition institutes applied to the collective process.

**Keywords:** Collective process; Self-composition; Multi-door justice; Adequacy.

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. es Profesor Titular de Procedimiento Civil y Teoría General del Derecho Procesal en la Universidad Federal de Espírito Santo, Brasil. Fiscal del Estado de Espírito Santo, Brasil. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL), del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) y del Instituto Brasileño de Derecho Procesal (IBDP).

<sup>2</sup> N.del E. La versión publicada es la versión en castellano presentada por el autor a la que apenas se han introducido ajustes menores para favorecer la comprensión. La Revista de Interés Público intenta fomentar el diálogo más allá de las barreras idiomáticas por lo que tiene una política editorial abierta en este sentido.

## 1. Generalidades. La justicia multipuertas (multidoorjustice) como justicia adecuada

El proceso civil está pasando por una radical transformación.

La justicia estatal clásica, adjudicada por el juez, no es más el único medio adecuado para la solución de conflictos. Al lado de esta justicia de puerta única, surgen nuevas formas de acceso: la justicia se vuelve una justicia multipuertas (Sanders, 1979).<sup>3</sup>

En esta nueva justicia, la solución judicial deja de tener la primacía en los litigios que permiten la autocomposición y pasa a ser *ultima ratio*, *extrema ratio* (Marinoni et al., 2015; Andrews, 2007). La idea de adecuar el acceso a la justicia a los derechos es defendida internacionalmente. La justicia no estatal no es sólo alternativa, pero, en determinados casos, es la justicia más adecuada. El principio que proporciona esta posibilidad es justamente el principio de adecuación. Así, del acceso a la justicia de los tribunales pasamos al acceso a los derechos por la vía adecuada de composición, de la misma forma que, en el campo del proceso, migramos de la tutela procesal, como fin en sí mismo, para la tutela de los derechos, como finalidad del proceso.

La doctrina reafirma esta mudanza, que significa, además de la necesidad de adecuación de la justicia, la emergencia de la atipicidad de los medios de solución de conflictos: "el derecho de acceso al Derecho, pilar fundamental del Estado de Derecho, viene sufriendo profundas transformaciones. Dejó de ser un derecho de acceso al Derecho a través del derecho de acceso a los tribunales para pasar a ser un derecho de acceso al derecho, de preferencia sin contacto o sin paso por los tribunales [...] Ahora, el derecho de acceso a los tribunales es un derecho de retaguardia, siendo su ejercicio legítimo antecedido de una serie de filtros" (Costa e Silva, 2009, p. 19/21)<sup>4</sup>.

La búsqueda por la tutela de los derechos adecuada, tempestiva y efectiva, exige la adecuación del acceso a la tutela, ocurriendo un paso necesario de la justicia estatal imperativa, con la aplicación del Derecho objetivo como única finalidad del modelo de justicia, para la aplicación de la justicia de coexistencia, una *mending justice* (una justicia capaz de remendar el tejido social), enfocada en la pacificación y la continuidad de la convivencia de las personas, en la condición de individuos, comunidad o grupos involucrados (Cappelletti, 2010).

## 2. De lo alternativo a la adecuación

Lo que importa actualmente, como fue visto, ya no es colocar el sello de lo "alternativo" a todo lo dudoso que sea puesto a la conciliación o a la mediación.

Primeramente, hay que respetar la elección de los interesados y garantizar que se haga en igualdad de condiciones (principios de la autonomía de la voluntad y de la decisión informada, previstos en el artículo 166 del CPC).

---

<sup>3</sup> La experiencia de la *Multi-door Courthouse* fue sugerida en 1976 por Frank Sander, Profesor Emérito de *Harvard Law School*, ya citado por (Venturi, 2016). Vale recordar, como hizo Eduardo Oteiza, que el origen del discurso norteamericano sobre los medios alternativos para la solución de los problemas judiciales ya se encontraba en POUND, Roscoe. *The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*, <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>, acceso en 22.03.2016, presentado en la *Annual Convention of the American Bar Association*, en 1906, (Oteiza, 2019). Sobre la influencia da cultura en el proceso, en especial en lo referente a los sistemas de resolución de conflictos afirma la doctrina: "los sistemas de resolución de disputas no existen en la naturaleza - ellos son creados por el ser humano y tienen especificidad cultural [...] el proceso es una de las más importantes instituciones a través de las cuales la construcción de la vida social opera." (Chase, 2014, p. 191).

<sup>4</sup>Sobre el principio de atipicidad, ídem, p. 24.

Después, hay que considerar la "adecuación" del medio - y su "alternatividad".<sup>5</sup>

A los ojos del CPC no hay superioridad de la justicia estatal en relación a los demás medios de solución de controversias.

Como afirmó la doctrina:

La única relación que, en un Estado de Derecho, puede legítimamente existir es una relación de adecuación. La mediación y la conciliación serán modos legítimos de resolución de conflictos si son los modos adecuados de resolución de estos conflictos. Esta observación no es inconsecuente pues repercute efectos sobre la compatibilidad constitucional de soluciones que impliquen la creación de obstáculos procesales o desventajas patrimoniales en el acceso a los tribunales (Costa e Silva, 2009, p. 35).

Este movimiento ocurrió en el marco de la tutela de los derechos individuales; así, nos preguntamos: ¿podemos negar este proceso de evolución de los mecanismos de prestación jurisdiccional en la justicia colectiva? En el proceso colectivo no es ni podría ser diferente. Aunque cuide de derechos indisponibles, cabe autocomposición en causas colectivas, no hay duda.

Recientemente, como veremos a seguir, las alteraciones legislativas en el Derecho brasileño reforzaron la previsión ya existente en la acción civil pública, que era la regla general en la materia (art. 5º, § 6º, Ley nº 7.347/1985).

### **3. De la posibilidad de autocomposición en los procesos colectivos y de la imposibilidad de renuncia al derecho en que se funda la acción colectiva**

En el derecho brasileño no es posible que haya renuncia al derecho sobre el que se funda la acción colectiva, que no es de titularidad del legitimado extraordinario colectivo, sino del grupo; es posible, sin embargo, considerar el reconocimiento de la procedencia del pedido, por tratarse de beneficio para el grupo - salvo en casos de situaciones jurídicas colectivas pasivas, en que la tónica de la indisponibilidad se mantiene, pues situaciones jurídicas colectivas estarán en el polo pasivo del proceso.

En consecuencia, no se puede negar que hoy, en Brasil, la autocomposición en el proceso colectivo se ha vuelto muy común, no obstante la regla del art. 841 del Código Civil.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> El CPC trata la adecuación y la flexibilidad de los procedimientos como una de sus premisas para alcanzar el objetivo de la tutela adecuada y efectiva. A diferencia del CPC-1973, en el cual el proceso y el procedimiento eran considerados normas de orden público, de carácter obligatorio e inderogable por las partes y por el juez, lo que acarrearía una serie de nulidades absolutas por inversión o alteración procedimental, el CPC actual permite a las partes y al juez establecer el procedimiento que más se ajuste a la solución del litigio, siendo controlada la elección por su capacidad de proveer en la adecuada solución, criterio material de adecuación al derecho tutelado, y no por un criterio formal de adecuación. En la doctrina, defendiendo el principio de la adecuación y apuntando incluso algunas de las principales críticas al sistema multipuertas, en especial, las dificultades culturales de los operadores brasileños, la necesidad de calificar y preparar a los profesionales para el ejercicio de la mediación y de la conciliación, la creación de centros para las sesiones de mediación y audiencias de conciliación, etc. (Almeida, 2011; NETO, 2015).

<sup>6</sup> Art. 841 del Código Civil: "Solo en cuanto a derechos patrimoniales de carácter privado se permite la transacción". El CPC prefiere la autocomposición a la transacción, aunque todavía se refiere al término tradicional del derecho civil cuando habla de las hipótesis de extinción del proceso con juicio de mérito (art. 487, III, b, CPC), impugnación de lo ejecutado (art. 525, § 1º, VII y 535, VI, CPC) y título ejecutivo extrajudicial (art. 784, IV, CPC). En todas estas hipótesis debemos preferir la terminología más amplia y actual, sustituyendo la transacción por autocomposición. La transacción sigue existiendo, por obvio, pero es un negocio jurídico vinculado a concesiones recíprocas, inadmisibles

---

El estímulo a la autocomposición incluso resultó en la edición de Resolución del CNMP sobre el Compromiso de Ajuste de Conducta, Res. nº 179, la cual prevé expresamente que:

"Art. 1. El compromiso de ajuste de conducta es un instrumento de garantía de los derechos e intereses difusos y colectivos, individuales homogéneos y otros derechos de cuya defensa está encargado el Ministerio Público, con naturaleza de negocio jurídico que tiene por finalidad la adecuación de la conducta a las exigencias legales y constitucionales, con eficacia de título ejecutivo extrajudicial a partir de la celebración."

Véase, incluso, que, en el caso de proceso doblemente colectivo, solamente será admisible la autocomposición, no siendo admisible la renuncia. Porque hay grupos en ambos polos, representados por sustitutos procesales.

Así, lo que determina o no la posibilidad de renuncia del derecho es el hecho de que se trata de un derecho del grupo o de un derecho individual. Los derechos del grupo son tutelados en juicio por los colegitimados, siendo indisponibles para los colegitimados, de ahí que no sea admitida su renuncia - los colegitimados no poseen legitimación extraordinaria material.

Pero, por tratarse de legitimado por sustitución procesal, la autocomposición tendrá límites más rigurosos, por no ser ellos los propios titulares del derecho que vehiculan la acción (Gravonski, 2015).

Con estas observaciones podemos afirmar que es posible aplicar, por analogía, la regla de la autocomposición a los llamados derechos colectivos (lato sensu), básicamente, pero no sólo, por las siguientes razones, enumeradas por la doctrina: a) en el momento en que se reconoce constitucionalmente la tutela de los derechos colectivos, no se puede impedir la efectividad de ellos, cercándose la actuación de quienes por ellos compiten luchar, especialmente si la autocomposición se muestra como el medio más adecuado; b) la indisponibilidad no será afectada, en la medida en que persigue, con la autocomposición, su mayor efectividad ;<sup>7</sup>c) la efectividad de los derechos exige su concreción mediante interpretación y aplicación del derecho al caso concreto.<sup>8</sup>

Parece que la Res. Nº 179 del Consejo Nacional del Ministerio Público acató este entendimiento: "Art. 1º (...) § 1º No siendo el titular de los derechos concretos en el compromiso de ajuste de conductas, no puede el órgano del Ministerio Público hacer concesiones que impliquen renuncia a los derechos o intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, ciñendo la negociación a la interpretación del derecho para el caso concreto, a la especificación de las obligaciones adecuadas y necesarias, en

---

en el proceso colectivo.

<sup>7</sup> Pereira, M. A. (1995). Como afirma Ana Luíza Nery: "la indisponibilidad de los derechos no es concepto absoluto, sino relativo, permitiendo que los derechos transindividuales puedan ser objeto de transacción por los legitimados para su defensa" (Nery, 2012, p. 155).

<sup>8</sup> El tema es debatido desde hace mucho tiempo por la doctrina que se ocupa de la metodología jurídica, con la teoría del derecho y con el derecho constitucional, pero basta, aquí, para reforzar esta imperatividad de la tutela de los derechos, en especial de los derechos complejos, citar los trabajos de Alexandre Gravonski (Gravonski, 2011, p. 116-184; Gravonski, 2015, p. 333/362).

particular el modo, tiempo y lugar de cumplimiento, así como la mitigación, la compensación y la indemnización de los daños que no puedan recuperarse"(g.n).

La Resolución supone que la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto exige la actividad proactiva del Ministerio Público, que debe buscar, siempre, la interpretación de las fuentes y la aplicación del Derecho en consonancia con el art. 926 del CPC (estabilidad, integridad y coherencia del Derecho); además, presupone que, en la hipótesis de imposibilidad de recuperación integral in natura de los perjuicios causados o de alcanzar el resultado práctico equivalente a la tutela específica, los daños pueden ser reparados por medio de medidas mitigatorias, compensatorias o indemnizatorias, incluso acumulativamente, para atender al cumplimiento fin de la reparación integral.

Como veremos, la resolución acató, también, la posibilidad de autocomposición en hipótesis configuradoras de improbidad administrativa (art. 1º, § 2º, Res. CNMP nº 179/2017).

#### **4. El compromiso de ajuste de conducta: extrajudicial y judicial**

##### **4.1. Generalidades**

La Ley de Acción Civil Pública (artículo 5º, § 6º, de la Ley nº 7.347/1985)<sup>9</sup>, modificada por el Código de Defensa del Consumidor, instituyó el llamado compromiso de ajuste de conducta, negocio jurídico extrajudicial con fuerza de título ejecutivo, celebrado por escrito entre los órganos públicos legitimados para la protección de los intereses tutelados por la ley y los futuros reos de esas respectivas acciones.

Se trata de una modalidad específica de autocomposición, para otros, consistente en un verdadero negocio jurídico.<sup>10</sup> No se debe más hablar aquí en transacción, como hablaba parte de la doctrina. Sin embargo, si se adopta esta o aquella concepción, lo cierto es que se trata de una modalidad de acuerdo, con nítida finalidad conciliatoria, en la que ocurre la interpretación del derecho a ser aplicado y la fijación del tiempo, modo y lugar para su cumplimiento, sin que se produzcan concesiones en cuanto al fondo no disponible del derecho material.

La mayoría de las veces la autocomposición es alcanzada por la negociación directa<sup>11</sup> entre el órgano público y el posible reo de acción colectiva.

A partir de los Pactos Republicanos por la justicia, fruto de una estrategia internacional para América Latina (Oteiza, 2019)<sup>12</sup>, una serie de medidas fueron

---

<sup>9</sup> § 6º del art. 5º de la Ley nº 7.347/1985: "Los organismos públicos legitimados podrán tomar de los interesados compromiso de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrá eficacia de título ejecutivo extrajudicial".

<sup>10</sup> Sobre el asunto, entendiéndose que se trata de negocio jurídico bilateral, Nery, A. L. A. (2012). Compromiso de ajustamento de conducta. 2ª ed., cit., p. 156; Rodrigues, G. A. (2011). Ação civil pública e termo de ajustamento de conducta, p. 97-240.

<sup>11</sup> Sobre la negociación directa conferir: Cabral & Cunha (2016). *Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "mediação sem mediador"*. Salvador: Juspodivm, p. 709-726.

<sup>12</sup> *Texto de la conferencia dictada en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal sobre Modos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad París 1, Sorbonne, 21/25-9-2005*, www.academia.edu, acceso en 10.03.2016.

adoptadas en Brasil para disciplinar la autocomposición, incluso en los procesos colectivos.

La Resolución n. 02 de 21.06.2011, medida conjunta de los Consejos Nacionales de Justicia y del Ministerio Público, determina la creación de un registro nacional con informaciones sobre acciones colectivas, encuestas civiles y términos de ajuste de conducta firmados por el Ministerio Público. La Resolución n. 125/2010 del Consejo Nacional de Justicia y la Resolución n. 118/2014 del Consejo Nacional del Ministerio Público trata sobre la mediación, conciliación, negociación y otras formas de conciliación.

Por el compromiso de ajuste de conducta, no se puede dispensar la satisfacción del derecho transindividual ofendido; no cabe la renuncia, sino, tan sólo, la regulación del modo como se deberá proceder a la reparación de los perjuicios, a concretar de los elementos normativos para la efectividad del derecho colectivo.<sup>13</sup>

Esto no quiere decir que el "espacio de negociación" sea pequeño. Como afirma Ana Luíza de Andrade Nery:

El espacio transaccional posible en el compromiso de ajuste de conducta no se refiere a aspectos meramente formales del negocio (...). Las partes podrán entablar, en el compromiso, derechos y obligaciones para ambas partes, que le confieran carácter de máxima eficiencia para los fines pretendidos por los celebrantes. Así, podrán ser previstas obligaciones a ser cumplidas tanto por el particular como por la entidad pública que celebra el ajuste ( 2012, p. 198).

La lección es correcta e importantísima. La autora da un excelente ejemplo: imagínese que, en el compromiso, se ajuste un tiempo mayor para que el particular se adapte a la exigencia legal; en este caso, si el ente público intenta una acción civil pública, violando la cláusula en que se comprometía a esperar la adecuación del particular, "evidentemente el ajuste será el fundamento de la defensa judicial a ser presentada por el particular, que alegará, aún, el deber legal de buena fe, incidiendo en la conducta prohibitiva del venire contra factum proprium por parte de la Administración Pública" (Nery, 2012, p. 198-199). Rigurosamente, no hay necesidad de alegar el venire contra factum proprium; la situación es más simple: se trata de un incumplimiento del compromiso.

En fin, el compromiso de ajuste de conducta no puede ser comprendido como mera anuencia, sumisión o concordancia plena por el administrado a los términos propuestos por el legitimado colectivo (Nery, 2012).

A partir de la previsión normativa que autoriza el ajuste extrajudicial de la conducta, las partes litigantes pueden firmar acuerdos en demandas colectivas, de modo que se ponga fin al proceso con resolución del mérito (art. 487, III, "b", CPC).<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> "Por lo tanto, el compromiso tiene que ser un medio a través del cual se pueda alcanzar, al menos, todo lo que sea posible obtener en la sede de un eventual juicio de procedencia en acción judicial relacionada con esa conducta específica" (Rodrigues, 2011, p. 175).

<sup>14</sup> Sobre la posibilidad de acuerdo en demandas colectivas, sólo para ilustrar: Mancuso, R. C. (2019). *Ação civil pública*, p. 225-38; Pereira, M. A. M. (1995). *A transação no curso da ação civil pública*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, nº 16, p. 116-128.

Sobre el asunto, con precisión, Geisa de Assis Rodrigues, comparando la autocomposición judicial, en estas situaciones, con el compromiso de ajuste de conducta previsto en el art. 5º, § 6º, de la Ley nº 7.347/1985:

La conciliación judicial tiene las mismas limitaciones que el compromiso de ajuste de conducta. (...) Por lo tanto, cabe hablar en el ajuste de conducta judicial y extrajudicial, puesto que incluso si se trata de una cuestión planteada en juicio no hay posibilidad de transigir sobre el objeto del derecho, solo siendo admisible la definición de plazos, condiciones, lugar y forma de cumplimiento, aunque se utilice el término de transacción (Rodrigues, 2011, p. 234).

Geisa Rodrigues señala las distinciones entre el ajuste de conducta judicial y el extrajudicial: a) la legitimidad para el ajuste judicial es más amplia que el extrajudicial, restringido a los órganos públicos;<sup>15</sup> b) las implicaciones procesales que surgen del acuerdo judicial (extinción, con consecuente producción de la cosa juzgada, o suspensión del hecho hasta el efectivo cumplimiento del ajuste), extrañas al extrajudicial; c) la formación, por el acuerdo judicial, de título ejecutivo judicial, mientras que el otro es extrajudicial (2011). En todo caso, el compromiso de ajuste de conducta extrajudicial puede ser llevado a la homologación judicial (artículo 515, III, CPC) (Nery, 2012).

Es importante, registrar, que la legitimidad para la celebración del acuerdo (judicial o extrajudicial) se somete a las mismas exigencias de "representatividad adecuada" para la caracterización de la legitimidad ad causam (Nery, 2012). Además, está sometida al mismo control judicial de adecuación en razón del objeto, además de la posibilidad de impugnación, como se verá a continuación.

Existe una decisión que aclara muy bien la importancia de permitir la autocomposición en derechos difusos relacionados al cumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer, siempre que esté controlada por el juicio y por la presencia del interés público primario y no sólo y exclusivamente por el Ministerio Público (STJ, 2ª T., REsp nº 299.400/RJ, rel. Min. Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 01.06.2006, publicado no DJ de 02.08.2006, p. 229), que se transcribe ya que su contenido debe ser leído y estudiado, en razón de la polémica trabada:

PROCESO CIVIL - ACCIÓN CIVIL PÚBLICA POR DAÑO AMBIENTAL - AJUSTE DE CONDUCTA - TRANSACCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO - POSIBILIDAD. 1. La regla general es que no sean transables los derechos difusos. 2. Cuando se trate de derechos difusos que impliquen obligación de hacer o no hacer, se debe dar tratamiento distinto, posibilitando dar a la controversia la mejor solución en la composición del daño, cuando sea imposible el retorno al status quo ante. 3. La admisibilidad de la transacción de derechos difusos es una excepción a la regla.

---

<sup>15</sup> En desacuerdo, en particular, José Marcelo Vigliar, para quien hay también limitación de la legitimidad a los órganos públicos para la conciliación judicial (Vigliar, 2001, p. 90). No vemos cómo puede existir esta limitación, ya que judicialmente habrá, como mínimo, la participación del Ministerio Público como *custos legis*.

Así, en casos especiales, la regla general puede ceder a la realidad y, mediante control del juez y del Ministerio Público, sería posible la transacción para atender la tutela específica de la obligación de hacer o no hacer, de forma a propiciar el "equivalente" a la materialización de la tutela específica,<sup>16</sup> así como, la tutela que tenga por objeto la prestación pecuniaria.

4.2. Órganos públicos legitimados: Ministerio Público, Defensoría Pública, Abogacía Pública (legitimados para el compromiso extrajudicial o judicial) y los demás colegitimados (legitimados para el compromiso judicial)

El § 6º del art. 5º de la Ley nº 7.347/1985, determina que cualquiera de los órganos públicos legitimados pueden tomar el compromiso de las partes interesadas a ajustar su conducta a "las exigencias legales". El Consejo Nacional del Ministerio Público añadió, además, que el compromiso debe atender a las "exigencias normativas" (designación más abierta y adecuada) y puede servir a la compensación o a la indemnización en caso de daños en que no sea posible la tutela específica (art. 14 de la Res. nº 23 del CNMP).

Inicialmente, es preciso hacer tres observaciones: 1) sólo los organismos públicos pueden firmar el compromiso de ajuste de conducta; 2) el Ministerio Público no es el único órgano público que podrá firmarlo; 3) no hay disponibilidad sobre el objeto, siendo que el compromiso deberá estar estrictamente vinculado a las exigencias normativas, incluyendo los precedentes, ya los patrones de la dogmática jurídica.

No se puede olvidar que el art. 784, IV, CPC, reconoció el carácter de título ejecutivo extrajudicial también a las transacciones refrendadas por el Ministerio Público, la Defensoría Pública, la Abogacía Pública, los abogados de las partes en la transacción (válido para los procesos colectivos sólo en lo que se refiere a derechos disponibles) así como por el conciliador o mediador acreditado por tribunal.

La Defensoría Pública puede celebrar un compromiso de ajuste de conducta, ya que es un "órgano público" (art. 5º, § 6º, Ley nº 7.347/1985).

Por otro lado, no hay limitación en cuanto a los colegitimados en lo que se refiere a autocomposición efectuada en juicio.<sup>17</sup> Una especial razón para esto es la presencia,

---

<sup>16</sup> La cuestión preocupante en los acuerdos en causas colectivas se refiere a la eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada surgida con la homologación judicial del acuerdo. Como se sabe, el régimen de producción de la cosa juzgada en las demandas colectivas es distinto del reglamento común; la eficacia subjetiva de la cosa juzgada es uno de los puntos distintivos determinantes. Por lo tanto, habiendo homologación de acuerdo judicial en cuestión colectiva, habrá producción de la cosa juzgada *erga omnes*, impidiendo la proposición de nueva demanda por cualquiera de los colegitimados, incluso por aquellos que no participaron en la celebración del negocio jurídico. El acuerdo no produce efectos solo en relación a los que formaron, pues su objeto es derecho transindividual. Esas circunstancias hacen que admitamos la posibilidad de que el tercero colegitimado ingrese con un recurso, con miras a cuestionar la homologación del acuerdo, postulando así la prosecución del hecho hacia la heterocomposición. En caso que no se permita esa impugnación recursal del tercero, estará siendo vedado el acceso a la justicia del colegitimado, pues, con la cosa juzgada, ningún juez podrá volver a examinar la causa - ese punto también es fundamental, pues, en los litigios individuales, la cosa juzgada surgida de la homologación de la transacción no afecta al tercero. Sólo le quedaría la acción rescisoria. Por lo tanto, concordamos con las conclusiones de Geisa de Assis Rodrigues: "La discordancia de los demás colegitimados debe ser hecha a través de la utilización de los mecanismos de revisión de la decisión judicial, o sea: recursos admitidos o acciones autónomas de impugnación, dependiendo del caso concreto. La decisión homologando el ajuste formulado en juicio es una decisión de mérito, y por lo tanto podrá ser cubierta por la intangibilidad panprocesual de la cosa juzgada material" (Rodrigues, 2011, p. 237); Vigliar, J. M. M. (2001, p. 90).

<sup>17</sup> En cuanto al acuerdo colectivo por los entes privados, conferir Gravonski, A. A. (2011).



en todas las acciones colectivas, del Ministerio Público como fiscal del ordenamiento jurídico; otra razón es la presencia del juez, como fiscal del acuerdo a ser homologado.

#### 4.3. La concreción de derechos y deberes a partir de los compromisos de ajuste de conducta

Hay, además, la posibilidad de concreción de derechos a partir del compromiso firmado.

El dogma de la vinculación estricta del Derecho a la ley cede espacio a la noción contemporánea de juridicidad, o sea, la idea de vinculación de los aplicadores del derecho al sentido de la norma constitucional e infraconstitucional conforme a la unidad narrativa de la Constitución (Otero, 2003, p. 15, nota 1). De ahí el importante crecimiento, mencionado arriba, hecho por el CNMP en la Resolución n. 23.

En el actual estado de nuestro ordenamiento jurídico, en presencia de normas porosas, de textura abierta, en forma de pautas carentes de contenido preciso, tales como los conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales (enunciados normativos) y los principios (norma jurídica), es natural que existan grados de interés público y una disponibilidad motivada de ello en la determinación de los deberes descritos en las normas jurídicas. Además, la mayor participación de los grupos puede influir en la concreción de la norma (e.g. audiencias públicas y *amicus curiae*, no por casualidad ambos previstos en el CPC).<sup>18</sup>

En el compromiso de ajuste de conducta, el órgano legitimado a celebrarlo debe proceder a una aplicación no jurisdiccional del principio de la unidad narrativa de la Constitución; así, se deben evitar compromisos que no atiendan a la finalidad del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, al firmar un compromiso de ajuste de conducta, aun cuando la ley no haya previsto el reglamento específico para el caso, el órgano legitimado no tiene el poder de disponer del derecho material colectivo; por eso, el órgano se vincula a los precedentes de los casos análogos, a los detalles propios del caso concreto y a los patrones de la Dogmática Jurídica, para concretar el derecho colectivo. Esto porque, en los modelos abiertos de aplicación del derecho, la Dogmática se amplía más allá de la ley, incluyendo los precedentes y el trabajo de la doctrina en una comprensión hermenéutica del problema jurídico enfrentado (Zaneti Jr., 2014, 2016).

---

<sup>18</sup> La relación entre la participación democrática en el proceso, contradictorio, las audiencias públicas y el *amicus curiae* está marcada claramente en los enunciados del FPPC (*Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*): “IV FPPC-BH Enunciado nº 250 - (art. 138, art. 15). *Se admite la intervención del amicus curiae en las causas laborales, en la forma del art. 138, siempre que el juez o ponente vislumbra la relevancia de la materia, la especificidad del tema objeto de la demanda o la repercusión general de la controversia, a fin de obtener una decisión respaldada en la pluralidad del debate y, por lo tanto, más democrática.* (Grupo: Impacto del CPC en el proceso del trabajo); “V FPPC-Vitória Enunciado nº 460. (arts. 927, § 1º, 138) *El microsistema de aplicación y formación de los precedentes deberá respetar las técnicas de ampliación del contradictorio para la maduración de la tesis, como la realización de audiencias públicas previas y participación de amicus curiae.* (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência); “V FPPC-Vitória Enunciado nº 393. (arts. 138, 926, § 1º, e 927, § 2º) *Se admite la intervención de amicus curiae en el procedimiento de edición, revisión y cancelación de enunciados de súmulas por los tribunales.* (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros); “IV FPPC-BH Enunciado nº 175 - (art. 927, § 2º) *El ponente deberá fundamentar la decisión de que no exista la participación de personas, órganos o entidades y deberá justificar la no realización de audiencias públicas.* (Grupo: Precedentes).”.

Por esta razón, acertada la ampliación del texto del art. 14 de la Resolución nº 23 del Consejo Nacional del Ministerio Público, para incluir, en la definición del "ajuste de la conducta", además de las exigencias legales, otras exigencias normativas, incluidas las resoluciones y decretos, así como la interpretación dada por los órganos competentes a las cláusulas generales de tutela de los derechos colectivos lato sensu.

Art. 14 de la Res. Nº 23 del CNMP: "El Ministerio Público podrá firmar un compromiso de ajuste de conducta, en los casos previstos por la ley, con el responsable de la amenaza o lesión a los intereses o derechos mencionados en el artículo 1 de esta Resolución, con miras a la reparación del daño, la adecuación de la conducta a las exigencias legales o normativas y, además, a la compensación y/o a la indemnización por los daños que no puedan ser recuperados".

Es fundamental repensar lo que se ha dicho en otras partes: hay que comprender que el Derecho no se resume a la ley. El tránsito "de la ley hacia el ordenamiento jurídico" también ocurrió en el CPC/2015. Basta observar que el CPC, en los arts. 8º, 140 e 178, no habla más en ley, aplicación de la ley, o en fiscal de la ley, como refería el CPC/1973 (artículo 5º del LINDB y arts. 126 82 del CPC/1973); pero en todos los casos, sea en la interpretación del derecho (artículo 8), sea en la aplicación (artículo 140), sea en la actuación del Ministerio Público como interviniente, el legislador procesal contemporáneo refiere al "ordenamiento jurídico".

Este cambio no es pequeño ni se dio por casualidad; que sigue la línea de la constitucionalización del proceso, pues, ya en el art. 1, el CPC afirma que será interpretado y aplicado según los valores y normas previstos en la Constitución.

4.4. La utilización de la producción anticipada de pruebas como instrumento que estimula la autocomposición

En el capítulo sobre la investigación civil, vimos que la producción temprana de pruebas fue reconstruida, para servir como un importante instrumento para la obtención de autocomposición (artículo 381, II y III, CPC). Remitimos al lector a lo que allí se dijo.

#### **5. Audiencia preliminar de mediación o conciliación (art. 334, CPC)**

Una de las marcas del CPC/2015 es el estímulo a la autocomposición.

No por casualidad, en el rol de las normas fundamentales del proceso civil, están los §§ 2º y 3º del art. 3º del CPC: "§ 2º El Estado promoverá, siempre que sea posible, la solución consensuada de los conflictos. § 3º La conciliación, la mediación y otros métodos de solución consensuada de conflictos deberán ser estimulados por jueces, abogados, defensores públicos y miembros del Ministerio Público, inclusive en el curso del proceso judicial".

Una de las técnicas de estímulo a la autocomposición es la designación de una audiencia obligatoria de mediación o conciliación, antes del ofrecimiento de la respuesta por el demandado (artículo 334 del CPC). Se trata de una importante modificación del procedimiento común promovido por el CPC/2015<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Cabe destacar que, en las acciones colectivas de consumidores italianas, también existe previsión legal similar: "Before the commencement

Se plantea, entonces, la siguiente cuestión: ¿el art. 334 del CPC se aplica en el procedimiento de la acción civil pública? Es decir: ¿ahora, en la acción civil pública, el demandado debe ser citado para asistir a la audiencia, antes de contestar la demanda?

La respuesta es positiva.

Hay varias razones.

En primer lugar, la especialidad del procedimiento de la acción civil pública, en relación al procedimiento ordinario del CPC/1973, residía en básicamente dos puntos: a) posibilidad de tutela provisional satisfactoria liminar en el procedimiento ordinario del CPC/1973 (artículo 12 de la Ley nº 7.347/1985), que no existía en 1985, año de la edición de la Ley de Acción Civil Pública - esa posibilidad solo vino a existir con la nueva redacción del art. 273 del CPC/1973, hecha en 1994; b) la apelación contra la sentencia no tiene efecto suspensivo automático.

La secuencia de los actos del procedimiento de la acción civil pública es la misma del procedimiento común, por lo tanto, al ser modificado el procedimiento común, se modifica el procedimiento de la acción civil pública, mantenida eventual peculiaridad.

El pensamiento se extiende a la acción popular, por las mismas razones. No se extiende al mandato de seguridad colectivo, cuyo procedimiento es esencialmente diferente del procedimiento común; lo que no impide que haya autocomposición, solo que no existe la obligatoriedad de realización de esa audiencia preliminar, justamente por tratarse de un procedimiento especial de carácter documental.

En segundo lugar, no hay prohibición de autocomposición en causas colectivas, como se ha visto. Por el contrario, la solución de los conflictos colectivos mediante el término de ajuste de conducta judicial o extrajudicial es valorada e incentivada.

En tercer lugar, no hay ninguna razón que justifique la exclusión de los procesos colectivos de la política nacional de estímulo a la solución negociada de los conflictos, impuesta por los §§ 2º y 3º del art. 3º del CPC.

Los argumentos de cuño doctrinal vinculados a la indisponibilidad del derecho, a la fuerte presencia de interés público y la ausencia de participación de los grupos en la toma de decisión ya se han enfrentado arriba, pero cabe repensar que en ningún caso se aparta la autocomposición como regla, solo se exige que ella sea adecuada para la tutela de los derechos. Como hemos visto, muchas veces esta es la forma más adecuada de tutela.

En cuarto lugar, en hipótesis en que disciplina expresamente un proceso colectivo, el CPC impone la realización de la audiencia preliminar de mediación y conciliación, antes incluso del análisis del pedido de tutela provisional - acciones posesorias contra una colectividad, reguladas por el art. 565 del CPC.

Se trata de un verdadero paradigma normativo de estímulo a la solución

---

of the judicial proceeding the parties can attempt to reach an out-of-court settlement according to the conciliation procedures set up by various entities, including the Chambers of Commerce. If a settlement is arrived at, it is made enforceable by a court order. The fact that an attempt at conciliation is provided for is interesting, since it is in line with a trend followed by the administration of Italian civil justice more and more frequently, that is, the reliance on facilitative ADRs, such as conciliation and mediation, as a way out of the problems with an overloaded judicial system" (Silvestri, 2014, p. 200).

consensuada de conflictos colectivos: a) para todos los tipos de conflicto, imponiendo la audiencia de intento de autocomposición; b) para los conflictos colectivos pasivos, imponiendo dicha audiencia, como audiencia previa de justificación, antes incluso del examen de la solicitud de tutela provisional. Es importante señalar que en los conflictos de tierras a menudo hay conflicto entre derechos fundamentales que deben preservarse en la mayor medida posible y justamente por ello reforzamos que la autocomposición es viable y adecuada en estos casos.

En quinto lugar, el párrafo único del art. 33 de la Ley nº 13.140/2015, expresamente determina que “Abogacía Pública de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, donde haya, podrá instaurar, de oficio o mediante provocación, procedimiento de mediación colectiva de conflictos relacionados a la prestación de servicios públicos”. La prestación de servicios públicos es materia de derecho administrativo, interés público, pero, en la vida real, existen grados de satisfacción que pueden ser atendidos e implementados. Luego la autocomposición, además de evitar procesos interminables, resulta en menor resistencia de las partes en la atención de la medida acertada, garantizando más efectividad.

Así, sólo no se determinaría la audiencia de mediación y conciliación, prevista en el art. 334 del CPC, en el proceso de la acción civil pública, cuando actor y demandado del proceso colectivo manifestaren expresamente que no pretenden resolver por autocomposición (artículo 334, § 4º, I, CPC).

Si el legitimado colectivo es un ente público (incluyendo el Ministerio Público y la Defensoría Pública), la negativa a la autocomposición debe ser motivada. Esto es porque, de acuerdo con el § 3º del art. 3º del CPC, los entes públicos tienen el deber funcional de estimular la autocomposición. En el caso del Ministerio Público, el Consejo Nacional del Ministerio Público instituyó la Política Nacional de Incentivo a la Autocomposición en el ámbito del Ministerio Público, en la Resolución n. 118/2014, de la que también se desprende la exigencia de este tipo de comportamiento.

## **6. Negocios jurídicos procesales colectivos**

El art. 190 del CPC es una cláusula general de negociación procesal. Con base en él, es posible la celebración de negocios jurídicos procesales atípicos (Didier Jr., 2016).

En este momento, cabe abordar el siguiente punto: ¿se admite la celebración de negocios procesales atípicos en procesos colectivos?

Si, indudablemente.

No se debe apartar la posibilidad de negocios procesales colectivos<sup>20-21</sup>. Basta pensar en un acuerdo colectivo laboral, en que los sindicatos disciplinen aspectos del

---

<sup>20</sup> Enunciado nº 255 del FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cívicos): “Es admisible la celebración de una convención procesal colectiva”. Ciertamente, será muy frecuente la inserción de convenciones procesales en convenciones colectivas de trabajo o de consumo, por ejemplo.

<sup>21</sup> “(...)algunos ejemplos interesantes que son objeto de los acuerdos colectivos procesales en Francia: (a) las conclusiones finales de las partes deben anunciar claramente las razones de hecho y de derecho; (b) comunicación entre el tribunal y el abogado por vía electrónica; (c) acuerdo para pericia firmado entre el tribunal, colegio de abogados y la asociación de expertos, para regular la producción de la prueba y uniformizar los criterios de fijación de honorarios; (d) institución de comisión mixta de estudio para supervisar procesos y estudiar las posibles disfunciones y presentar propuestas de cambios”. (Andrade, 2011, p. 190). Sobre el asunto, Cadiet, L. (2012, 30-35).

futuro desacuerdo colectivo laboral. Se trata de un negocio que busca disciplinar el futuro proceso colectivo, vinculando a los grupos involucrados, titulares del derecho.

Algunos ejemplos: a) elección convencional de un experto; b) pacto de disponibilidad previa de documentos; c) pacto de producción anticipada de prueba; d) el pacto sobre el deber de financiar el costo de la prueba; e) creación de hipótesis negociadora de tutela provisional de evidencia (artículo 311, CPC), etc.

Para que tales convenciones procesales colectivas sean celebradas, es necesario que haya legitimación negociadora colectiva por parte del ente que la celebre. La Resolución n. 118/2014 del Consejo Nacional del Ministerio Público disciplina la legitimidad del Ministerio Público para la celebración de convenciones procesales. Se aplica, aquí, por analogía, también, la regla de las convenciones colectivas de trabajo<sup>22</sup> y convenciones colectivas de consumo (artículo 107 del CDC).

## **7. La autocomposición en la acción de improbidad administrativa**

7.1. La derogación del art. 17, § 1º, Ley nº 8429/1992. La necesaria interpretación histórica. La colaboración premiada y el acuerdo de indulgencia como negocios jurídicos procesales atípicos en el proceso de improbidad administrativa

El art. 17, § 1º, de la Ley nº 8.429/1992, prohíbe expresamente "transacción, acuerdo o conciliación" en el proceso de improbidad administrativa.

La norma se había derogado por la Medida Provisoria nº 703/2015. Ya era hora. El dispositivo estaba obsoleto. Lamentablemente, la MP 703/2015 caducó en mayo de 2016, por no haber sido votada por el Congreso Nacional. Sin embargo, al menos en el ámbito del Ministerio Público, como expresamente disciplina la Res. CNMP nº 179/2017: "Es adecuado el compromiso de ajuste de conducta en las hipótesis configuradas de improbidad administrativa, sin perjuicio del resarcimiento al erario y de la aplicación de una o algunas de las sanciones previstas en la ley, de acuerdo con la conducta o acto practicado".

Los fundamentos para la constitucionalidad, legalidad y coherencia de tal resolución con el ordenamiento jurídico ya estaban presentes. La proximidad entre la acción penal y la acción de improbidad es evidente e incuestionable, debido a las sanciones derivadas, aunque los regímenes jurídicos son distintos, uno de derecho administrativo (civil en sentido amplio), otro de derecho penal. La propia estructuración del proceso de la acción de improbidad administrativa, con una fase de defensa previa, semejante a lo que ocurre en el proceso penal, es la demostración cabal de lo que se dice. Hay más garantías al reo en la acción de improbidad por ser las sanciones aplicables más graves.

En la época de la edición de la Ley nº 8.429/1992, el sistema del Derecho Penal brasileño era contrario a cualquier solución negociada. No por casualidad, se hablaba de indisponibilidad de la acción penal y de indisponibilidad del objeto del Proceso Penal.

Ocurre que, partir de 1995, con la Ley n. 9.099 / 1995, instrumentos de justicia

---

<sup>22</sup> Sorprendentemente, y sin mayores justificaciones, el Tribunal Superior del Trabajo editó la Instrucción Normativa nº 39, por la Resolución nº 203/2016, entendiendo que el art. 190 del CPC no se aplica al proceso del trabajo, ni siquiera dejando a salvo su aplicación en el proceso colectivo laboral, en lo que parece ser como mínimo, una postura equivocada.

penal negociada comenzaron a ser previstos en el Derecho brasileño. Se desarrollaron técnicas de justicia penal consensual<sup>23</sup>.

La transacción penal (artículo 76, Ley nº 9.099/1995) y la suspensión condicional del proceso penal (artículo 89, Ley nº 9.099/1995). En ambos casos, hay negociación que produce consecuencias en el ámbito del Derecho penal material.

El proceso penal también sufrió transformaciones, con la ampliación de las posibilidades de negociación entre actor y reo. La “colaboración premiada”, negocio jurídico material y procesal regulado en la Ley n. 12.850 / 2013, es el principal ejemplo de este fenómeno. Al lado de la “colaboración premiada” surgen institutos de cumplimiento de las empresas involucradas, como es el caso del acuerdo de indulgencia relativo a la atenuación de la responsabilidad penal en asuntos relativos a la corrupción. (Ley Anticorrupción, Ley nº 12.846/2013).

La prohibición de negociación prevista en la Ley de Improbidad Administrativa era, en realidad, un reflejo de la prohibición en el ámbito penal. No había sido admitida en la improbidad en razón del principio de la obligatoriedad para el MP y de la visión que la tutela del interés público era absolutamente no disponible, no admitía grados de tutela. Si ahora es posible negociar las consecuencias penales, incluso en las infracciones graves, no habría razón para no ser posible negociar las sanciones civiles de improbidad. Se puede establecer la siguiente regla: la negociación en la acción de improbidad administrativa es posible siempre que sea posible la negociación en el ámbito penal, en una relación de proporción.

La interpretación literal de lo dispuesto en el § 1º del art. 17 de la Ley nº 8.429/1992 llevaba una situación absurda<sup>24</sup>: sería posible negociar sanciones consideradas más graves por el sistema, debido a la práctica de crímenes (por definición, el ilícito más reprochable), pero no sería posible negociar en el ámbito de una acción de improbidad administrativa. Además de absurda, la interpretación de este texto ignoraría completamente la diferencia entre los contextos históricos de la promulgación de la ley (1992) y de su aplicación.

La Ley 12.846/2013, llamada Ley Anticorrupción, aunque con ámbito de aplicación distinto (art. 30 de la Ley nº 12.846 / 2013), compone con la Ley de Improbidad Administrativa un microsistema legal de combate a actos lesivos a la Administración Pública. El propósito de la ley es regular la "responsabilidad objetiva administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera" (art. 1). Los artículos 16-17 de esa ley regulan el llamado acuerdo de indulgencia, negocio jurídico de eficacia compleja. La intersección entre las leyes permite que se entienda un acuerdo de indulgencia como negocio atípico en proceso de improbidad administrativa. “La co-regulación de los actos de improbidad derivados de corrupción denota, aún una vez, la clara opción del legislador brasileño por permitir acuerdos en materia de improbidad administrativa” (Cabral & Nogueira, 2015, p. 547).

---

<sup>23</sup> Percibió el punto (Cabral, 2015, p. 545-546).

<sup>24</sup> Situación “curiosa”, como señaló (Cabral 2015, p. 547).

La relación entre ambos quedó clara en la edición de la MP n° 703/2015. Según el texto de la Medida Provisional (aunque discutible desde el punto de vista constitucional, por generar la derogación de una norma procesal a medida provisional), la celebración de los acuerdos de indulgencia impide que los entes celebrantes intenten o prosigan con acciones colectivas anticorrupción, acciones de improbidad u otras acciones de naturaleza civil frente a las empresas. Y más, habiendo participación del Ministerio Público, el acuerdo impedirá el enjuiciamiento y la prosecución de acciones propuestas por cualquier legitimado (artículo 16, §§ 11 y 12, Ley n° 12.846/2013). La MP n. 703/2015, sin embargo, expiró el 30.05.2016, por no haber sido examinada por el Congreso Nacional.

Es necesario recordar, también, el art. 1, § 2º, de la Res. CNMP n° 179/2017, ya transcrito.

Pero hay todavía un argumento dogmático más simple para defender la derogación del art. 17, §1º, de la Ley de Improbidad. El §4º del art. 36 da Ley n° 13.140/2015 (Ley de Mediación) expresamente admite la autocomposición en acción de improbidad administrativa: “§ 4º En las hipótesis en que la materia objeto del litigio esté siendo discutida en acción de improbidad administrativa o sobre ella haya decisión del Tribunal de Cuentas de la Unión, la conciliación de que trata el caput dependerá de la anuencia expresa del juez de causa o del Ministro Ponente”.

Finalmente, como ya defendíamos anteriormente, en la dimensión resarcitoria de la acción de improbidad, que es idéntica a cualquier acción civil pública o acción popular, la autocomposición no presenta ningún problema. Especialmente si consideramos que el CPC presenta la posibilidad de homologación de autocomposición parcial (artículo 354, par. único, CPC).

Así, podemos llegar a algunas conclusiones: a) se admite la colaboración premiada<sup>25</sup> y el acuerdo de indulgencia como negocios jurídicos atípicos en el proceso de improbidad administrativa (art. 190 do CPC concatenado con el art. 4º de la Ley 12.850/2013 y con los arts. 16-17 da Ley n° 12.846/2013); b) se admite negociación en los procesos de improbidad administrativa, siempre que sea posible, en la respectiva acción penal, observados, siempre, por analogía, los límites de negociación allí previstos<sup>26</sup>; c) se admiten los acuerdos parciales, siendo considerados acuerdos sobre la parte incontrovertible; d) se admite el compromiso de ajuste de conducta en procesos de improbidad administrativa, incluso para la aplicación de las sanciones y para el resarcimiento, al menos en el ámbito del Ministerio Público (§ 2º, art. 1, Res. CNMP n° 179/2017); e) en caso de que ya se haya juzgado la acción de improbidad, hay necesidad de homologación del acuerdo por el juez competente (§4º del art. 36 de la Ley n° 13.140/2015).

## 7.2. La autocomposición y la petición de resarcimiento al erario

Incluso durante la vigencia del § 1º del art. 17 de la Ley de Improbidad

---

<sup>25</sup> Sobre el tema, específicamente, Nicolao, D. (2015).

<sup>26</sup> Sobre lo enunciado, 617 del FPPC (*Fórum Permanente de Processualistas Cívicos*): “La mediación y la conciliación son compatibles con el proceso judicial de improbidad administrativa”.

Administrativa, el dispositivo no se aplicaba a la parte del objeto litigioso del proceso relativo a la solicitud resarcitoria. En ese caso, la prohibición no incidía.

Impedir la autocomposición, en esas situaciones, sería crear un gran e innecesario obstáculo para la efectividad de la tutela colectiva, especialmente cuando se sabe que, en muchos casos, el perjuicio al Erario no es de gran importancia y el pago de la indemnización en parcelas, por ejemplo, acaba por revelarse una forma eficaz de cumplimiento de la deuda.

Y aún había un argumento dogmático muy fuerte: el pedido resarcitorio podría ser promovido, autónomamente, en proceso de acción civil pública, en que el acuerdo es plenamente posible, como ya se ha visto. No se trata de una solicitud que presupone un procedimiento especial<sup>27</sup>.

### **8. Control de la autocomposición por el juez. El deber de control del mérito del acuerdo y de la legitimación adecuada**

El juez podrá controlar, en la fase homologatoria, el contenido de la transacción sobre el objeto litigioso: dejando de homologarla, homologándola parcialmente o recomendando a las partes alteraciones en determinadas cláusulas.

En el caso de que no hayan participado en el acuerdo, los colegitimados podrán solicitar al juez, antes de la homologación, la intervención en el proceso (artículo 5, § 2º, Ley 7.347/1985) y pedir la no homologación del acuerdo, su homologación parcial o la adaptación de determinadas cláusulas para garantizar su adecuación a la tutela de los derechos. El Ministerio Público como interviniente obligatorio podrá hacer lo mismo.

En relación a los negocios procesales, corresponde al órgano juzgador el control de su validez, en los términos del párrafo único del art. 190 del CPC.

En las acciones individuales, por regla general, los acuerdos no dependen de control judicial. En la mayoría de los casos las partes litigan sobre derechos disponibles, no hay necesidad de intervención judicial para garantizar los derechos.

En los procesos colectivos esto es diferente.

Primero, hay necesidad de tutela del objeto litigioso del proceso, presente el interés público, por tratarse de derechos de naturaleza colectiva; segundo, hay necesidad de la participación de los grupos que serán afectados por la decisión y la participación de los colegitimados, al menos potencialmente, en el marco del acuerdo a ser firmado; tercero, hay la intervención obligatoria del Ministerio Público en todos los procesos que tratan de los derechos colectivos en sentido amplio.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> En ese sentido, más recientemente, Nery, A. L. A. (2012, p. 201).

<sup>28</sup> En el ámbito de las *class actions* estadounidenses se produjo una reforma en 2003 para establecer una serie de exigencias en los acuerdos (*settlements*) en los procesos colectivos (*class action litigation*), modificando la *Rule 23* de las *Federal Rules of Civil Litigation*. La más importante se refiere a la admisión de los acuerdos solo después de la aprobación de la Corte, por lo tanto, la necesidad de control judicial de estos acuerdos tanto desde el punto de vista del mérito, como desde el punto de vista del debido proceso legal. La Corte deberá garantizar que todos los que serán vinculados por el acuerdo lo conozcan, mediante la notificación adecuada. Como la propuesta será vinculante, los miembros deberán ser oídos y deberá verificarse si la propuesta es justa, razonable y adecuada. En el caso de litigios que implican daños individuales homogéneos (*class actions for damages*), la participación de los involucrados será aún más intensa, permitiendo el *opt out*, aunque no haya sido esa la opción anterior al acuerdo, permitiéndose también la impugnación por parte de los miembros del grupo que solamente será desestimada por decisión de la propia Corte. Así: "(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or



Hay dos formas de obtener un título ejecutivo judicial a partir de una conciliación en derechos colectivos lato sensu.

La primera es formular el compromiso de ajuste de conducta en una acción colectiva ya interpuesta, en los términos del art. 515, II del CPC, pues será título ejecutivo judicial "la decisión de homologación de autocomposición judicial". La segunda, requerir la homologación judicial del compromiso, valiéndose de los supuestos del art. 515, III, que determina ser título ejecutivo judicial "la decisión de homologación de autocomposición extrajudicial de cualquier naturaleza", y del art. 725, VIII, que prevé el procedimiento de jurisdicción voluntaria de homologación de acuerdo extrajudicial.

La actividad del juez en estos casos no será, sin embargo, meramente confirmatoria del acuerdo, en un juicio simplista de apreciación, en el que sólo se observan los aspectos formales de representación de las partes. El juez, en estas oportunidades, deberá proceder a un verdadero examen de mérito del compromiso, posibilitando incluso su disconformidad, en cuyo caso no será homologado el acuerdo<sup>29</sup>, cabiendo el recurso de agravio de instrumento contra esa decisión, por interpretación analógica de lo dispuesto en el inciso III do art. 1.015 del CPC (Didier Jr. & Cunha, 2016).

Nótese que, justamente por ello, el acuerdo judicial prescinde de aprobación por el Consejo Superior del Ministerio Público, una vez que, judicializada la materia, no hay más riesgo de archivo implícito de la investigación o inquérito civil, pasando el control del órgano superior del Ministerio Público al juez de la causa. Además, este control es necesario, pues incluso las partes no públicas, aquellas que no están legitimadas para el compromiso de ajuste de conducta, en la esfera extrajudicial, podrán requerir la homologación de acuerdo.

No siendo el Ministerio Público el autor del compromiso de ajuste de conducta, la homologación en juicio dependerá obligatoriamente de su presencia como fiscal del orden jurídico, derivada lógica del microsistema del proceso colectivo. Si el Ministerio Público interviene en todas las acciones colectivas, también en la homologación judicial

---

defenses of a certified class *may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval*. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court *must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal*. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve *it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate*. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), *the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so*. (5) *Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.*" (Klonoff, 2012, p. 283 e ss). Obsérvese que hay gran polémica actual en relación al arbitraje colectivo, la Suprema Corte ha admitido cláusulas arbitrales que excluyen *class actions* en contratos de consumo o relaciones laborales (Resnik, 2015, p. 2804).

<sup>29</sup> En Holanda existe una serie de requisitos previstos en la ley para que el acuerdo colectivo sea homologado por el Juez, incluso, después de ser sometido para análisis, el Juez podrá hacer sugerencias de alteración con miras a una adecuada tutela de los derechos. En Brasil esto también es posible, ya que la homologación por el juez también realiza un juicio de control sobre el contenido del acuerdo. En Holanda el control implica la posibilidad de que el órgano juzgador niegue la homologación, encaso de: "a. The agreement does not meet the requirements stipulated in Article 7:907(2); b. The amount of compensation is not reasonable; c. It is insufficient guaranteed that the claims resulting from the agreement can indeed be settled by the party having caused the damage; d. The agreement does not provide for the independent resolution of disputes that may arise from the agreement (e.g. concerning the amount of compensation) other than by the judge who would be competent according to the ordinary rules of jurisdiction; e. The interests of the persons for the benefit of whom the agreement has been concluded are sufficiently protected in a manner other than by way of collective settlement; f. The foundations or associations acting in behalf of these persons are insufficiently representative for the interests at stake; g. The group of persons for whose interest the agreement has been concluded is too small to justify a collective agreement; h. The agreement stipulates that damages will be paid by a legal person that is not a party to the agreement" (Van Rhee & Tzankova, 2014, p. 218-219).

de acuerdo extrajudicial en el que se transen derechos colectivos lato sensu su anuencia es obligatoria.

La decisión que no homologa un acuerdo extrajudicial, en acción en que se solicita dicha homologación (artículo 725, VIII, CPC) es una sentencia y, por lo tanto, apelable (artículo 724, CPC).

Uno de los elementos que deberá ser controlado por el juez en el momento de la homologación del acuerdo judicial o extrajudicial será la adecuada representación de las partes involucradas, es decir, la legitimación en concreto de los involucrados para celebrar el compromiso de ajuste de conducta.

Por ejemplo, si el acuerdo versa sobre daños ambientales en los que se discuta más allá de la responsabilidad de la empresa la responsabilidad del Estado y de los órganos de fiscalización por omisión o comisión, la representación adecuada por parte del Estado puede estar perjudicada, existiendo conflicto de intereses, pues el acuerdo puede ser indebidamente anticipado a fin de salvaguardar la responsabilidad del propio Estado en acciones futuras de responsabilidad.

Es importante, registrar, que la legitimidad para la celebración del acuerdo (judicial o extrajudicial) se somete a las mismas exigencias de "representatividad adecuada", exigidas en el enfrentamiento de la legitimidad ad causam (Nery, 2012; Didier Jr & Zaneti Jr., 2014).

## 9. Límites a la autocomposición en los procesos colectivos

La autocomposición no puede considerarse como panacea.

La autocomposición no debe ser vista como una forma de disminución del número de causas que tramitan en el Poder Judicial<sup>30</sup> o como técnica de aceleración de los procesos a cualquier costo<sup>31</sup>. Son otros los valores subyacentes a la política pública de tratamiento adecuado de los conflictos jurídicos individuales y colectivos.

En el caso de los procesos colectivos: a) el incentivo, a los grupos y a los colegitimados, a la participación y elaboración de la norma jurídica que regulará el caso; b) el respeto a la libertad de conformación de sus situaciones jurídicas y de sus intereses, concretada en el derecho a la autonomía;<sup>32</sup> c) la percepción de que por la participación se puede llegar a una justicia más adecuada, rápida y duradera, desde el punto de vista

---

<sup>30</sup> Con una preocupación similar, Flávio Yarshell, que añade: "la conciliación no puede y no debe ser prioritariamente vista como forma de desahogo del Poder Judicial. Es deseable esencialmente porque es más constructiva. El desahogo viene como consecuencia, y no como la meta principal. Esta constatación es importante: un enfoque distorsionado del problema puede llevar a resultados no deseados. Vista como instrumento de administración de la máquina judicial, la conciliación pasa a ser una preocupación con estadísticas. Su rechazo por las partes - derecho más que legítimo- pasa a ser visto como una especie de incumplimiento de un deber cívico y, en el proceso, puede hacer que se tome como enemigo del Estado al que no está dispuesto a renunciar a parte de lo que entiende ser su derecho. De ahí a reputar a la parte intransigente como litigante de mala fe hay un corto paso. Esto es la negación de la garantía constitucional de la acción y configura la ruptura del compromiso asumido por el Estado de prestar justicia. Este mismo Estado prohíbe que el ciudadano, salvo raras excepciones, haga justicia por las propias manos.". ("Para pensar a Semana Nacional da Conciliação". *Folha de São Paulo*, 08.12.2009, p. A3)

<sup>31</sup> Con el grave riesgo de celebración de "acuerdos inexecutable y antisociales que busquen tan solo la obtención de un dato en el plano estadístico de casos 'resueltos' o que ofrezcan una falsa sensación apaciguadora y de adecuación constitucional" (Nunes & Teixeira, 2012).

<sup>32</sup> En la doctrina, demostrando la existencia de litigios colectivos globales, locales y de difusión irradiada (Vitorelli, 2015, 49-108). Como se ha argumentado, no hay "una" sociedad estática, sino diversos intereses en conflicto que necesitan tener la oportunidad de ser tenidos en cuenta en las soluciones autocompositivas, característica presente en los procesos colectivos y denominada "conflictividad interna", que aleja las antiguas presunciones de "indivisibilidad" como dogma de la tutela de los derechos de grupo.

coexistencial, en materias complejas y litigios en los que el comportamiento de las partes necesita ser monitoreado más allá de la decisión judicial que pone fin al proceso.

El respeto a los principios de la mediación y de la conciliación, en particular la independencia, la imparcialidad, la autonomía de la voluntad, la oralidad, la informalidad y la decisión informada, es esencial para lograr un resultado justo y equilibrado que respete el principio de adecuación.

Es peligrosa e ilícita, con base en la disposición expresa del art. 165, § 2º, CPC, la postura de algunos jueces que obligan a las partes a la celebración de acuerdos judiciales. No es recomendable, por otra parte, que el juez de la causa ejerza las funciones de mediador o conciliador, aunque esto no genere nulidad.

Lo ideal es que existan profesionales especialmente preparados para ejercer esta función, lo que no impide que el juez homologue los acuerdos realizados por las partes o supervise el proceso de mediación o conciliación.

El principio de la confidencialidad debe ser mitigado en razón del objeto en los procesos colectivos, restringiéndose a los sigilos que se refieren al secreto industrial, a cuestiones relacionadas a la protección de la competencia o de otro interés difuso y a las prohibiciones legales a la publicidad. La regla es que los acuerdos deben ser públicos y preferentemente los grupos afectados deberán tener acceso previo a su contenido.

#### **10. Otras ponderaciones contra el acuerdo judicial: fiscalización del desequilibrio económico y de informaciones entre las partes**

Además, conviene siempre estar atento, en un proceso de mediación, conciliación y negociación directa, al desequilibrio de fuerzas entre los involucrados (disparidad de poder o de recursos económicos)<sup>33</sup>. Se trata de un factor que comúnmente lleva a uno de los sujetos a celebrar un acuerdo lesivo a su interés.

A propósito, he aquí lo que afirma Owen Fiss:

La disparidad de recursos entre las partes puede influir en el acuerdo de tres formas. Primero, la parte más pobre puede ser menos susceptible de reunir y analizar las informaciones necesarias para la previsión de la decisión del litigio, lo que la dejaría en desventaja en el proceso de negociación. Segundo, puede necesitar, de inmediato, de la indemnización que solicita y, por lo tanto, inducida a la celebración de un acuerdo como forma de acelerar el pago, aun consciente de que recibirá un valor inferior al que conseguiría si hubiera aguardado el juicio. Todos los que intentan acciones judiciales quieren sus indemnizaciones inmediatamente, pero un autor muy pobre puede ser explotado por un reo rico, pues su necesidad es tan grande que el reo puede obligarle a aceptar una cantidad inferior a la que tiene derecho. Tercero, la parte más pobre puede verse obligada a celebrar un acuerdo por no tener los recursos necesarios para la financiación del proceso judicial, lo que incluye tanto los gastos previstos como, por ejemplo, honorarios de abogados, como los que pueden

---

<sup>33</sup> Sobre el tema conviene consultar el conocido ensayo de Owen Fiss (Fiss, 2004, p. 121 e ss).

---

imponerse por su oponente por medio de la manipulación de mecanismos procesales como el de la instrucción probatoria (Fiss, 2004, p. 125).

Parte de estos problemas no ocurren o al menos se mitigan en las acciones colectivas brasileñas.

Antes que todo, en el modelo brasileño ocurre la participación del Ministerio Público como actor, sea como fiscal del ordenamiento jurídico, en defensa de los derechos colectivos.

En segundo lugar, el juez podrá controlar, como hemos visto, el contenido de los acuerdos en el momento de la homologación, justamente para impedir que ocurra un perjuicio al interés de los miembros del grupo que no participan en el proceso, es posible el recurso del colegitimado como tercer interesado y, además, la propia cosa juzgada se somete a la revisión secundum eventum probationis y a las alteraciones de los hechos.

En tercer lugar podrá ocurrir, y es saludable que ocurra, la divulgación y publicación del acuerdo, si es posible con audiencias públicas e intervención de *amicus curiae*, para permitir que los grupos interesados participen en la toma de decisión.

#### **11. El principio de la primacía del juzgamiento de mérito, tutela integral del derecho, disparidad económica y la necesidad de producción de prueba adecuada para la conciliación o mediación: cosa juzgada *rebus sic stantibus***

El CPC adoptó una de las premisas del proceso colectivo consistente en la primacía del juicio de mérito. Esta premisa representa no sólo el derecho al juicio de mérito, sino también, el alejamiento de todos los artificios procesales que puedan perjudicar la tutela de los derechos.

De ahí que en los procesos colectivos la inexistencia de prueba, consistente en la locución "salvo por insuficiencia de pruebas", permite al juez dejar de juzgar el mérito de la demanda en lugar de aplicar la carga de la prueba como regla de juicio. De la misma forma, el juez podrá revisar en el futuro la decisión de fondo cuando las partes presenten prueba nueva capaz de por sí sólo alterar el resultado del juicio.

En consecuencia, cuando el acuerdo celebrado se basa en una prueba insuficiente, podrá revisarse, siempre que surja una nueva prueba que pueda alterar por sí sola el resultado del acuerdo, demostrando que se ha producido una tutela insuficiente del derecho por falta de conocimiento de las partes implicadas respecto de la extensión del ilícito o daño objeto del acuerdo.

La propia autocomposición en procesos colectivos debe ser la mejor informada posible (art. 166, principio de la decisión informada). Acuerdos muy precoces, sin las informaciones necesarias sobre los impactos, la extensión y las consecuencias del ilícito o del daño y sin condiciones de afirmar cuáles son las medidas necesarias o más adecuadas para su mitigación y reparación, tienden a ser perjudiciales para la tutela de los derechos y deben ser controladas por el juez en el momento de la homologación.

En estos casos, la cosa juzgada, cuando exista homologación de acuerdo, será *rebus sic stantibus*: sobreviniendo circunstancia de hecho que altere la situación

definida en la sentencia, podrá ser propuesta nueva acción.

Así, si, en un proceso jurisdiccional ambiental, el Ministerio Público u otro colegitimado celebran un acuerdo para la instalación de un determinado equipo para mitigar la contaminación de una empresa y, con el transcurso del tiempo, se descubre que la tecnología que se ha utilizado está superada, se debe celebrar un nuevo acuerdo o, si es imposible, debe ser intentada una nueva acción para la protección integral del bien ambiental, con la actualización tecnológica.

La decisión de homologación anterior podrá revisarse en caso que haya nuevas pruebas y nuevos hechos, capaces de modificar por sí mismos los elementos del acuerdo homologado (Abelha Rodrigues, [s.d.]).

## **12. La posibilidad de impugnación por los colegitimados por medio del recurso de tercer interesado y otras acciones de impugnación autónomas**

Se acepta, en los planos doctrinal y jurisprudencial, que las partes litigantes firmen acuerdos en demandas colectivas, de modo que se ponga fin al proceso con juicio del mérito (artículo 487, III, "b"). El tema fue tratado ampliamente en este texto.

Según se pudo demostrar, el régimen de producción de la cosa juzgada en las demandas colectivas es distinto del reglamento común; la eficacia subjetiva de la cosa juzgada es uno de los puntos distintivos determinantes. Por lo tanto, habiendo homologación de acuerdo judicial en cuestión colectiva, habrá producción de la cosa juzgada erga omnes, impidiendo la proposición de nueva demanda por cualquiera de los colegitimados, incluso por aquellos que no participaron en la celebración del negocio jurídico. El acuerdo firmado no solo produce efectos en relación a los que participaron directamente en ese acuerdo, pues su objeto es tutelar el derecho colectivo, transindividual, de todo el grupo.

Esas circunstancias hacen que se admita la posibilidad de que el tercer colegitimado ingrese con un recurso, con miras a cuestionar la homologación del acuerdo, postulando así la prosecución del hecho hacia la heterocomposición.

En ese caso, no demanda el tercero una acción nueva; ejerce, mediante el recurso, la acción cuya legitimidad también es suya y ya había sido ejercida por otro colegitimado. Asume el proceso en el estado en que se encuentra, sin alterarlo objetivamente. No hay, con ello, supresión de instancia. Por otra parte, el parágrafo único del art.996 del CPC expresamente dice que cabe recurso de tercero que se afirme sustituto procesal para la discusión de la situación jurídica litigiosa - refinamiento promovido por el CPC de 2015 que fue poco notado por la doctrina, pero que para el proceso colectivo es fundamental.

Si no se permite esta impugnación recursiva del tercero, estará siendo vedado el acceso del colegitimado a la justicia, pues, con la cosa juzgada, ningún juicio podrá volver a examinar la causa; este punto también es fundamental, pues, en los litigios individuales, la cosa juzgada surgida de la homologación de la autocomposición no afecta al tercero. Sólo le quedará la acción rescisoria.

Por lo tanto, concordamos con las conclusiones de Geisa de Assis Rodrigues:

La discordancia de los demás colegitimados debe ser hecha a través de la

utilización de los mecanismos de revisión de la decisión judicial, o sea: recursos admitidos o acciones autónomas de impugnación, dependiendo del caso concreto. La decisión homologando el ajuste formulado en juicio es una decisión de mérito, y por lo tanto podrá ser cubierta por la intangibilidad panprocesual de la cosa juzgada material (Rodrigues, 2002, p. 237).<sup>34</sup>

Homologada la autocomposición y transitada en juzgada la decisión de homologatoria, la autocomposición podrá ser impugnada mediante acción autónoma en el caso de nuevas pruebas (cosa juzgada secundum eventum probationis) o mediante acción rescisoria<sup>35</sup>. El requisito, en el primer caso, es la demostración de que las pruebas nuevas son suficientes para generar otro resultado y que el acuerdo firmado fue realizado sin contenido probatorio suficiente para la definición de los derechos y obligaciones. No podría ser diferente, ya que el título judicial resultante del proceso de conocimiento no puede ser más débil que el título judicial resultante de la homologación de autocomposición en el juicio.

### **13. Diseño de sistemas de disputa (DSD)**

El CPC tiene una disciplina muy abierta en cuanto a los medios de solución consensuada de los conflictos. Aunque ha tratado de la actividad de los mediadores y conciliadores en los arts. 165 a 175, el CPC usó este tramo para disciplinar el entero sector de la autocomposición, estableciendo normas que valen para cualquier actividad autocompositiva. En este sentido, crece, actualmente, la posibilidad de diseño de sistemas y procesos para gestión de disputas (DSD) (Sander et al., 2013), también denominado diseño de litigios y sistemas de disputa.

El diseño de sistemas de disputas parte de la premisa que, en algunos conflictos muy específicos, tanto por la complejidad de la materia, como por el número de personas involucradas, o por algún otro factor, hay una ausencia de adecuación del proceso judicial tradicional, siendo posible establecer convencionalmente una arena extrajudicial en la que estos conflictos puedan tratarse adecuadamente.

El CPC admite exactamente esta estrategia al mencionar que son aceptables en la mediación y conciliación; por lo tanto, en la autocomposición en general, lo son las técnicas de negociación que puedan resultar eficaces y que las partes puedan definir las reglas procedimentales aplicables. El § 2º do art. 3º del CPC habla expresamente en “otros métodos de solución de conflictos”, abriendo el sistema más allá de los modelos tradicionales.

Los ejemplos nacionales exitosos de esta actividad de diseño de sistemas de disputa se pueden encontrar en los casos de accidentes aéreos de TAM (Cámara de Indemnización 3054) y de AIR FRANCE (Programa de Indemnización 447) (Araújo & Fürst, 2014; Faleck, 2009).

Además de estos, está en curso, actualmente, el Programa de Indemnización

---

<sup>34</sup> También admitiendo el cuestionamiento del acuerdo por el colegitimado, Vigliar, J. M. (2001, p. 90).

<sup>35</sup> Sobre la rescindibilidad, en el CPC-2015, de la decisión de homologación del acuerdo, Didier Jr. & Cunha (2016, p. 429-430).

---

Mediada - PIM, de la Fundación Renova, que busca tutelar a las víctimas del Desastre del Río Doce.<sup>36</sup>

Se percibe así que la idea del diseño de sistemas de disputas está inserta en el contexto de la justicia multipuertas y de la universalización de soluciones consensuadas o extrajudiciales pensadas en medida para litigios complejos y de alta conflictividad.

Entendemos que el proceso colectivo puede ser un campo fértil para el desarrollo de este tipo de solución de conflictos.

Es importante percibir que el CPC al reconocer la libre autonomía de los interesados para definir las reglas procedimentales (artículo 166, § 4ª, CPC), ha dado un importante impulso a esas iniciativas, cabiendo al Ministerio Público, en los procesos en que actúa, asegurar que los procedimientos diseñados para la solución de la controversia a través de la autocomposición, preservan el interés público, los bienes jurídicos tutelados y los derechos y garantías de las partes a las que está destinado tutelar.

Como señala Diego Faleck, para que este procedimiento sea potenciado y sus beneficiarios puedan confiar en los resultados del DSD, deben tenerse en cuenta al menos seis factores: a) transparencia; b) isonomía; c) apoyo en criterios objetivos; d) eficiencia; e) trato digno de las partes, y f) participación gubernamental (Faleck, 2009).

---

<sup>36</sup> Recientemente, en el desastre del Río Doce (Caso Samarco) la Fundación Renova inició un programa para obtener la mediación individual de los daños sufridos por la falta de agua (PIM Agua) y reparación general (PIM Reparación General). El PIM (Programa de Indemnización Mediada) aún está en fase de implementación y fue cuestionado en cuanto a algunas cláusulas. Es necesario acompañar el tema para verificar si la tutela obtenida atendió a los criterios del diseño de solución de disputas previsto por la doctrina y si atendió al criterio de la tutela adecuada en relación a los derechos protegidos por el Ministerio Público.

## Bibliografia:

- Abelha Rodrigues, M. ([s.d.]). O TAC e a Coisa Julgada Rebus Sic Stantibus [Palestra]. XVIII Congresso de Direito Ambiental, São Paulo. Recuperado 24 de março de 2015, desde [www.marceloabelha.com.br](http://www.marceloabelha.com.br)
- Almeida, D. A. R. de. (2011). O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, 195, 185-208
- Andrade, É. (2011). As novas perspectivas do gerenciamento e da 'contratualização' do processo. *Revista de Processo*, RT.
- Andrews, N. (2007). L'Altra Giustizia: I Metodi di Soluzioni delle Controversie nel Diritto Comparato. Giuffrè.
- Araújo, N., & Fürst, O. (2014, fevereiro). Um exemplo brasileiro de uso da mediação em eventos de grande impacto: O programa de indenização do voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*, 91/104, 337/349.
- Brasil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil (CPC). Brasília: Congresso Nacional, 2015.
- Cabral, A. do P., & Cunha, L. C. da. (2016). Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "Mediação sem mediador". In H. Zaneti Jr. & T. N. Xavier (Orgs.), *Justiça Multiportas* (p. 709-726). Juspodivm.
- Cabral, A. do P., & Nogueira, P. H. P. (2015). A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In *Negócios processuais*. JusPodivm.
- Cadiet, L. (2012, dezembro). Los acuerdos procesales en derecho francés: Situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*. [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com)
- Cappelletti, M. (2010). *Proceso, ideologia e sociedade*. Sérgio Antonio Fabris.
- Chase, O. G. (2014). *Direito, Cultura e Ritual: Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Marcial Pons.
- Costa e Silva, P. (2009). *A Nova Face da Justiça. Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*. Coimbra Editora.
- Didier Jr., F. (2016). *Curso de Direito Processual Civil* (18º ed, Vol. 1). Juspodivm.
- Didier Jr., F., & Cunha, L. C. da. (2016). *Curso de Direito Processual Civil* (13º ed, Vol. 3). Juspodivm.
- Didier Jr., F., & Zaneti Jr., H. (2014). *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. (9º ed, Vol. 4). Juspodivm.
- Faleck, D. (2009, setembro). Introdução ao design de sistemas de disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, 23.
- Fiss, O. (2004). Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade (D. P. G. da Silva & M. de M. Rós, Trans.). RT.
- Gravonski, A. A. (2011). *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva* (H. Zaneti Jr., Org.). RT.
- Gravonski, A. A. (2015). Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In H. Zaneti Jr. & F. Didier Jr. (Orgs.), *Processo Coletivo* (Vol. 8, p. 350-351). JusPodivm.
- Klonoff, R. H. (2012). *Class Actions and Other Multy-Party Litigation*. Thomson Reuters.
- Mancuso, R. de C. (2019). Ação civil pública: Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (15ª). *Revista dos Tribunais*.
- Marinoni, L. G., Arenhart, S. C., & Mitidiero, D. (2015). *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos Direitos mediante o procedimento comum*: Vol. Volume 2 (p. 173). RT.
- Nery, A. L. de A. (2012). *Compromisso de ajustamento de conduta* (2º ed). RT.
- NETO, J. L. L. (2015). O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?! *Revista de Processo*, 244, 427-441.
- Nicolao, D. (2015). A colaboração premiada na improbidade administrativa: Possibilidade e repercussão probatória. In D. de R. Salgado & R. P. de Queiroz (Orgs.), *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade* (p. 439-460). JusPodivm.
- Nunes, D., & Teixeira, L. (2012). Conciliação deve se preocupar com a qualidade dos acordos. *Revista Consultor Jurídico*.
- Oteiza, E. (2019). Punto de vista: MARC/ADR y diversidad de culturas: El ejemplo latinoamericano. In *Justiça Multiportas*. (2º ed, p. x). Juspodivm.
- Otero, P. (2003). *Legalidade e administração pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina.
- Pereira, M. A. M. (1995). Transação no curso da ação civil pública. *Revista de Direito do Consumidor*, 16, 116-128.
- Resnik, J. (2015). Diffusing disputes: The public in the private of arbitration, the private in courts, and the erasure of rights. *Yale Law Journal*, 2804-2939.
- Rodrigues, G. de A. (2002). Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta. *Forense*.
- Sander, F. E. A., Bordone, R. C., Mcewen, C. A., & Rogers, N. H. (2013). *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. Wolters Kluwer.
- Sanders, F. (1979). *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. West Pub.
- Silvestri, E. (2014). Class actions in Italy. In V. Harsági & C. H. Van Rhee, *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice? Intersentia*.
- Van Rhee, C. H., & Tzankova, I. (2014). Collective Redress in the Netherlands. In V. Harsági & C. H. Van Rhee, *Multi-party redress mechanisms in Europe: Squeaking Mice? Intersentia*.
- Venturi, E. (2016). Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, 251, 391-426.
- Vigliar, J. M. M. (2001). Ação civil pública (5ª). Atlas.
- Vitorelli, E. (2015). Tipologia dos litígios transindividuais: Um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In H. Zaneti Jr. & F. Didier Jr. (Orgs.), *Processo Coletivo* (Vol. 8, p. 49-108). JusPodivm.
- Zaneti Jr., H. (2014). *A Constitucionalização do Processo*. Atlas.
- Zaneti Jr., H. (2016). O Valor Vinculante dos Precedentes. *Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes* (2º ed). Juspodivm.