

1.INTRODUÇÃO

O trabalho, partindo do método indutivo, situado epistemologicamente na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito e interpretando o Sistema de Justiça Multiportas como acoplamento estrutural entre Direito e Política, tem como finalidade responder a seguinte problemática: a atuação institucional do Ministério Público, por meio do Sistema de Justiça Multiportas, pode conter os avanços do ativismo judicial?

Na primeira seção, estabelece-se (hermeneuticamente), a distinção entre *ativismo judicial* e *judicialização*, sustentando que embora os métodos consensuais de conflitos possam contribuir para a diminuição da judicialização, o foco do trabalho é a postura ativista, visto que esta gera fissuras institucionais.

Na segunda seção, apresenta-se o conceito de justiça multiportas como ampliação de acesso à justiça. Por fim, aborda-se o papel do Ministério Público, destacando a importância do termo de ajustamento de conduta para conter o ativismo judicial, permitindo um diálogo intersistêmico entre Direito e Política, sob a perspectiva do acoplamento estrutural.

1.DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

O tema “ativismo judicial” sempre foi objeto de inúmeras discussões., sejam elas políticas ou jurídicas. No ano de 2020, o tema veio à tona, dividindo opiniões de juristas e analistas políticos, em razão da suspensão da nomeação de Alexandre Ramagem para ocupar o cargo de diretor-geral da Polícia Federal.

O presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Luiz Fux (2020), que em seu discurso de posse também afirmou: “Essa disfuncionalidade desconhece que o Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio das respostas – nem é o legítimo oráculo – para todos os dilemas morais, políticos e econômicos de uma nação”. E prosseguiu afirmando que “o Judiciário deve atuar movido pela virtude passiva, devolvendo à arena política e administrativa os temas que não lhe competem à luz da Constituição.”

Em última análise, esses debates acabam desaguando sobre qual a legitimidade da jurisdição constitucional na manipulação do debate público.

Este debate tem reflexo na vida pública do país e na formatação da democracia representativa. O tema, em certa medida, foi pensando por filósofos como Aristóteles e

Montesquieu, já que para se analisar o quanto *pode* a jurisdição constitucional influenciar no processo político, é preciso discutir a separação de poderes.

No âmbito do Direito Constitucional e da Ciência Política, uma das maiores celeumas sobre quem é o *legítimo intérprete* da Constituição, ocorreu entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.

Embora travado no século passado, essa discussão ainda se revela atual. Não sem razão, alertou Gilmar Mendes (2007, XV), na apresentação da obra *Der Hüter des Verfassung* (O Guardião da Constituição) de Schmitt:

O debate sobre o papel a ser desempenhados pelas Cortes Constitucionais, atores importantes e, às vezes, decisivos da vida institucional de inúmeros países na atualidade, obriga os estudiosos a contemplarem as considerações de Schmitt (e inequivocamente as reflexões de Kelsen) a próprio tema.

De certa forma, o princípio da separação dos poderes, refletido desde a Grécia Antiga, constitui marca de identidade para se detectar a existência de regimes democráticos, mas não se pode pensar mais a questão sem levar em conta a complexidade que as instituições adquiriram, principalmente com o surgimento do constitucionalismo social e o papel da Ciência Jurídica e da jurisdição constitucional no pós-Segunda Guerra Mundial.

A título de exemplo e agora tomando como parâmetro histórico a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), podemos citar a complexidade e as peculiaridades que envolvem o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI).

Além do mais, no Brasil, a questão assume novos contornos, pois o problema submerge em pontos *paradigmáticos*.

É possível identificar os principais pontos paradigmáticos, sendo eles: neoconstitucionalismo, jurisprudência dos valores e ponderação alexyana.

1.1. Elementos para Compreensão do Fenômeno do Ativismo Judicial

O fenômeno do “neoconstitucionalismo” criou uma espécie de “mixagem teórica” totalmente acrítica, unindo a *jurisprudências dos valores, ponderação alexyana* e a *postura judicial proativa advinda do sistema norte-americano*.

Esta configuração adjudica ao debate nacional assuntos peculiares, que vão além da clássica contenda entre “Democracia e Constitucionalismo”, envolvendo motes hermenêuticos específicos.

O fato é que a prática do ativismo judicial gera fissuras no processo democrático, na medida em que se desloca a discussão do âmbito político, para o Poder Judiciário.

Cunhando na Espanha (Miguel Carbonell), o neconstitucionalismo apresentou papel fundamental de reafirmar a *força normativa da Constituição*, mas por outro lado trouxe ao Brasil, de maneira deturpada e acrítica, a *jurisprudência dos valores* e a *ponderação alexyana*, aliado ao *ativismo judicial norte-americano* (STRECK, 2012)¹.

Com esse arcabouço teórico, o ativismo judicial passou a gerar fissuras/rompimento na ordem constitucional. Na medida em que ocorre essas invalidações, o conceito de Estado Democrático de Direito passa a ser fragilizado.

A ideia de que “princípios abrem a interpretação”, a utilização totalmente acrítica (e sem critérios) da chamada ponderação alexyana, acaba gerando insegurança jurídica, causando fendas na ordem constitucional e democrática (STRECK, 2012).

Em tese de doutorado (transformada posteriormente em livro), Fausto Santos de Moraes, analisou 189 decisões do Supremo Tribunal Federal que aplicavam o princípio da proporcionalidade.

O objetivo, além de verificar como tal princípio vinha sendo aplicado, também buscava compreender se a invocação da proposta metodológica-teórica formulada por Robert Alexy, tinha correta aplicação com os princípios da jurisdição constitucional.

Como bem alerta o autor (MORAIS. 2018), não que o STF tinha a obrigação de utilizar o conceito de proporcionalidade elaborado por Alexy, mas, entretanto, se há citações e referências ao autor nos julgados, o mínimo que se pode esperar é congruência da prática com a teoria.

O que se verificou na maioria dos casos, foi que embora se tenha menção a palavra “ponderação”, a Suprema Corte não segue o rigor metodológico proposto por seu criador. Ou seja, mesmo se adotar o sistema epistemológico da teoria da argumentação (em contraponto a hermenêutica crítica), o que se observa na prática, é uma aplicação sem critérios.

O fenômeno do neoconstitucionalismo foi recebido por parte da doutrina brasileira com ânimo, entretanto, essa teoria, seja no aspecto hermenêutico ou na questão de seu *déficit* democrático, traz para a contenda a legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

¹ Lenio Streck além de criticar a postura metodológica do denominado “neoconstitucionalismo”, propõe o termo *Constitucionalismo Contemporâneo* para evitar mal-entendidos. Para o referido autor (STRECK, 2012) esse constitucionalismo se demonstra: no plano da Teoria do Estado e da Constituição; na Teoria do Direito; Teoria da Norma (normatividade dos princípios) e na Teoria da Interpretação (nos termos proposto pelo autor, diferente da escola do neoconstitucionalismo adotado por Luiz Roberto Barroso, representando uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Sobre a perspectiva de Luiz Roberto Barroso: BAROSSO. Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo | e-ISSN: 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 22 set. 2020.

Neste contexto, já no seio do modo de agir da jurisdição constitucional, surge a disputa entre procedimentalistas e substancialistas.

As teses substancialistas defendem a jurisdição constitucional, com destaque na regra contramajoritária para implementação de direitos. Para os procedimentalistas esta lógica enfraquece a própria democracia, justamente pela falta de legitimidade, representada na figura do juiz².

Não obstante, tal debate não deve ser abordado apenas no plano teórico, mas levando em consideração o contexto político e econômico do Brasil, e principalmente, a normatividade que guia todo esse processo: a Constituição da República Federativa de 1988.

1.2. Ativismo e Judicialização

A partir desse diagnóstico, é imprescindível traçar a diferença entre ativismo e judicialização. Estabelecer essa diferença ajuda a compreender, dentro da realidade da brasileira, os nossos problemas teóricos e práticos, evitando transplantar de maneira acrítica soluções da doutrina estrangeira.

Embora o sistema de justiça multiporta possa contribuir para autocontenção tanto do judicialização, quanto do ativismo, este artigo aborda exclusivamente o segundo tema, tendo em vista que a judicialização está dentro da composição formatada na Constituição Federal.

O presente artigo, parte da perspectiva epistemológica da Crítica Hermenêutica do Direito e a fenomenologia hermenêutica. Alguns autores, a exemplo de Luiz Roberto Barroso³, fazem uma distinção desses conceitos (ativismo e judicialização), mas que na maioria das vezes, acabam se confundindo, pouco contribuindo para o debate.

A postura ativista está relacionada com dois conceitos trabalhados por Lenio Streck (2021), sendo eles: *solipsismo* e *voluntarismo*.

O solipsismo consiste numa postura filosófica, na qual o conhecimento é adquirido por meio da consciência do indivíduo (filosofia da consciência), onde “o sujeito que se basta a si próprio” (STRECK. 2021, p. 411), de modo que a subjetividade é o *meio* que possibilita a informação, ignorando o contexto histórico-social.

² Para uma análise sobre o panorama na teoria discursiva do direito e da democracia, com base nas ideias de Jurgen Habermas: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Processo Constitucional**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

³ Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

A vontade ostenta a postura de “ser-o-tudo”. Transplantando esse modo de pensar para o Direito, Lenio Streck (2021, p. 412) afirma que:

No plano da interpretação-aplicação do Direito esse fenômeno se dá de forma explícita, quando o juiz não aceita ser constrangido pela linguagem pública, no interior da qual o Direito se constrói democraticamente (claro, se estivermos falando no âmbito do Estado Democrático de Direito). É nesse sentido que surge a tese que o juiz pode decidir conforme seu livre convencimento ou consciência.

O voluntarismo está diretamente relacionado com o solipsismo, já que o Direito, será aquilo que os juízes dizem que é, reduzindo o fenômeno da norma – produzida democraticamente – para um ato de poder⁴.

Ativismo judicial, como o próprio nome sugere, ocorre quando o magistrado, ultrapassa os limites semânticos, e aplica suas convicções pessoais (solipsismo), reduzindo o Direito em um ato de poder (voluntarismo).

Por outro lado, a judicialização⁵ faz parte de um processo histórico, na qual a consagração de direitos fundamentais nas Cartas Políticas, onde a jurisdição constitucional assume certo protagonismo na efetivação destes direitos:

(...) pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. **A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão julgante.** Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade — característica da sociedade de massas. **A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos** (STRECK; TASSINARI; LEPPER. 2015, p. 56) Sem grifos no original

Apresentado essa distinção, importante compreender as raízes da ideia do sistema de justiça multiportas.

1.3. SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

⁴ Neste sentido: STRECK. Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

⁵ Exemplo de judicialização ocorreu recentemente, onde o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Mandado de Injunção, “determinou que o governo federal implemente, a partir de 2022, o pagamento do programa de renda básica de cidadania para os brasileiros em situação de extrema pobreza e pobreza, com renda per capita inferior a R\$ 89 e R\$ 178, respectivamente. Na sessão virtual encerrada em 26/4, o Plenário julgou parcialmente procedente o Mandado de Injunção (MI) 7300 e reconheceu que houve omissão na regulamentação do benefício, previsto na Lei 10.835/2004”

Por meio da análise do processo de dinamogênese (SILVEIRA. ROCASOLANO. 2010, p. 183 dos direitos fundamentais, o tema do acesso à justiça está relacionado com a passagem do Estado Liberal, na lógica do *laissez-faire*, para o *Welfare State*.

Na medida em que há o crescimento de novos direitos (consumidor, trabalhista etc.), o ente estatal necessita ter uma atitude ativa para assegurar o exercício destas novas categorias jurídicas, pois o “acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar direitos” (CAPPELLETI. GARTH. 1998, p. 12).

Porém, “as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada” (CAPPELLETI. GARTH. 1998, p. 12), pois na “terceira onda” de renovação do sistema judiciário, onde o enfoque é o acesso à Justiça, surgem a ideia de *métodos alternativos* para decidir causa judiciais.

Nesta quadra da história, alguns países (França, Japão e Estados Unidos) começaram a desenvolver meios de resolução alternativos dos conflitos (CAPPELLETI. GARTH. 1998. p. 83)

O conceito do sistema multiportas foi sugerido, em 1976, pelo Professor Frank Sander na Harvard Law School (ZANETI. DIDIER. 2018. p. 38), consistindo na ideia de várias possibilidades de acesso à justiça, onde a “porta” da jurisdição estatal seria uma das possibilidades a serem “abertas”, resgatando a ideia de autocomposição.

Em última medida, o sistema de justiça multiportas, nada mais é do que oferecer ao cidadão, inúmeros métodos de resolução dos conflitos, retirando a exclusividade da jurisdição estatal.

Embora a doutrina especializada no assunto (ZANETI. DIDIER, 2018. p. 38) alerte para o fato de que o discurso sobre métodos alternativos de resolução dos conflitos vinha sendo desenvolvido nos Estados Unidos desde 1906, é necessário trazer à baila os contributos da antropologia⁶ sobre o fenômeno dos movimentos de resolução dos conflitos em outras civilizações, influenciado os autores americanos.

⁶ Sobre a necessidade de o Direito dialogar com outras disciplinas, em especial quando o assunto se trata de novas técnicas de mediações de conflitos: “Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica” (CAPPELLETI. GARTH. 1998, p. 83)

Malinowski parte da ideia de que o sistema jurídico é como parte de um sistema mais amplo, abarcando vários mecanismos de controle social, e segundo Elisabetta Grande (2011, p. 27), encontrou acolhida por parte de quem, como Elisabeth Colson, fez uso do chamado *método casuístico ampliado*.

Este método permite aos antropólogos do direito identificar outros sistemas não-institucionais de resolução de conflitos. Neste sentido, Elisabetha Grande (2011, p. 32-33) esclarece que:

A reavaliação do material antropológico com finalidades de reforma do direito por parte de juristas não-antropólogos esteve à base, por exemplo, da introdução do sistema da Alternative Dispute Resolution nos Estados Unidos da América. Aplicado às mais variadas situações conflituais – de problemas de vizinhança às questões relativas à tutela dos consumidores ou ainda à tutela ambiental, bem como nas relações intra-societárias – o instrumento da ADR teve como insuspeito inspirador Philip Gulliver e seu estudo sobre a negociação, como explica Nader. Os anos 1970 e 1980 assistem surgir na América um amplo movimento direcionado à pacificação e à substituição dos métodos conflituais de resolução das controvérsias por métodos de feição mais conciliatória. O desejo de encontrar uma solução para o problema da ineficiência e insuficiência do sistema jurisdicional leva o então Chief Justice da Suprema Corte Federal Warren Burger a declarar: “Os nossos predecessores distantes abandonaram lentamente o trial by battle e os demais métodos bárbaros de resolução dos conflitos; também nós devemos abandonar a confiança plena no instrumento conflituoso para resolver todo tipo de controvérsia”. **A privatização da justiça – por meio da mediação, da arbitragem ou da conciliação – constitui a forma de diminuir a pressão sobre as cortes e, obviamente, os estudos antropológicos que haviam indicado de que forma a harmonia poderiam ser restabelecidos entre as partes, também mediante o compromisso e não apenas através do recurso à jurisdição e à execução forçada das decisões, oferecem argumentos convincentes para os defensores da filosofia da ADR.**

Sem a pretensão de traçar a evolução histórica dos métodos de resolução dos conflitos no ordenamento nacional, é possível afirmar que houve um aumento de leis (Lei nº 9.099/1995, Lei nº 9.307/1996 etc), reforçando outras formas para decidir conflitos.

De todo modo, é possível afirmar que o Código de Processo Civil normatizou (art. 165 a 170, art. 190 etc.) um grande sistema justiça multiportas, expresso principalmente no artigo 3º, que oferece o espírito do que deve ser seguido.

O *caput* do artigo 3º consagra o princípio da inafastabilidade (artigo 5º, inciso XXXV, da CF), ou seja, a *porta* da jurisdição estatal não pode e nem deve ser “fechada”, mas na medida do possível, se buscará a solução consensual dos conflitos.

2. MINISTÉRIO PÚBLICO E ATIVISMO JUDICIAL: AUTOCONTENÇÃO POR MEIO DO SISTEMA MULTIPORTAS

O Ministério Público é uma das instituições responsáveis para garantir a efetivação de direitos fundamentais. Porém, em alguns casos, no manejo da ação civil pública (ACP), o *Parquet* extrapola os limites semânticos e organizacionais, interferindo no âmbito da política.⁷

Como exemplo, citamos a ACP proposta pelo Ministério Público de Minas Gerais contra a Sociedade Inteligência e Coração, com sede em Belo Horizonte, questionando a aplicação da chamada “ideologia de gênero”⁸.

O foco deste trabalho é o manejo da Ação Civil Pública pelo *Parquet*, mas esse uso proativo da ACP também ocorre com outros legitimados. Outro arquétipo que pode ser citado, foi a ACP ingressada pela Defensoria Pública do Estado de Sergipe, sustentando a ilegalidade de cobrança mínima de estacionamento em shopping center.

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, concluindo a Terceira Turma que a cobrança não é abusiva (REsp 1.855. 136).

Em consulta a Constituição Federal (inciso LXXIV do art. 5º, inciso LXXIV e art. 134) e as finalidades da Defensoria Pública, ainda que se adote correntes de vanguarda sobre a ampliação do conceito de vulnerável, é evidente que o caso é de ilegitimidade.

Defendendo o manejo da ação civil pública, na perspectiva do ativismo judicial, temos, por exemplo, Rego Filho (2011, p.123):

(...) a intervenção judicial na formulação de políticas públicas, embora possa parecer – para aqueles contrários à ideia – uma violação ao princípio da separação dos Poderes, expresso no art. 2º da Carta Magna, é, em verdade, uma manifestação de um ativismo judicial inovador que tem por objetivo maior a materialização dos direitos fundamentais, a partir da concepção do caráter normativo da Constituição e do poder vinculante dos princípios constitucionais.

O autor faz confusão com a ideia de judicialização, o que acaba não contribuindo para o debate, já que não usar os termos corretamente, pode levar a certas insurgências contra a judicialização (abarcada constitucionalmente nos inúmeros direitos fundamentais e no

⁷ Defendendo o manejo da ação civil pública, na perspectiva do ativismo judicial, temos, por exemplo Rego Filho (2011, p.123): “(...) a intervenção judicial na formulação de políticas públicas, embora possa parecer – para aqueles contrários à ideia – uma violação ao princípio da separação dos Poderes, expresso no art. 2º da Carta Magna, é, em verdade, uma manifestação de um ativismo judicial inovador que tem por objetivo maior a materialização dos direitos fundamentais, a partir da concepção do caráter normativo da Constituição e do poder vinculante dos princípios constitucionais”. Ao que nos parece o autor faz confusão com a ideia de judicialização, o que acaba não contribuindo para o debate, já que não usar os termos corretamente, pode levar a “revolta” contra a judicialização, permitida constitucionalmente, quando na verdade se é contra o ativismo judicial.

⁸ Neste sentido: MP ENTRA COM AÇÃO CONTRA COLÉGIO POR ENSINO DE IDEOLOGIA DE GÊNERO. Gazeta do Povo. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/mp-entra-com-acao-contra-colégio-por-ensino-de-ideologia-de-genero-806o70kpd3wmi262lcnfq1lv5/>. Acesso em 21 abr. 2021.

alargamento das funções do Supremo Tribunal Federal), quando em verdade, se é contra o ativismo judicial.

Priorizar o Sistema Multiportas, buscando a autocomposição nos processos coletivos, além de preservar o regime democrático, em muitos casos torna o direito efetivo de forma mais célere, sem deixar fissuras no sistema.

Neste sentido, instrumentos como audiência preliminar de conciliação (art. 334 do CPC), negócios jurídicos processuais coletivos, acordo de não persecução civil e principalmente, na qual iremos dar maior destaque, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), podem conter os avanços do ativismo e da mesma forma, permitir diálogos entre diferentes órgãos, na busca de uma melhor solução.

2.1. Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e Acoplamento Estrutural

A Lei nº 7.347/1985, em seu artigo 5º, §6º, alterado pela Lei nº 8.078/1990, acrescentou a possibilidade de órgão públicos tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Como é possível observar, o dispositivo tem clara finalidade conciliatória, constituindo-se em verdadeiro negócio jurídico bilateral.⁹

Hermes Zanetti e Fred Didier (2018, p. 43) esclarecem que no TAC, “não se pode dispensar a satisfação do direito transindividual ofendido; não cabe renúncia, mas tão somente do modo como se deverá proceder a reparação dos prejuízos”.

Por outro lado, como ensina Ana Luiza de Andrade Nery (2018, p. 198):

(...) o espaço transacional no compromisso de ajustamento de conduta não refere a aspectos meramente formais do negócio (...) as partes poderão entabular, no compromisso, direitos e obrigações para ambas as partes, que lhe confirmam caráter de máxima eficiência para fins de pretendidos pelos celebrantes. Assim, poder previstas obrigações a serem cumpridas tanto pelo particular como pela entidade pública que celebra o ajustamento.

Zanetti e Didier (2018, p. 47) traz a importante lição, afirmando que na celebração o órgão celebrante deve-se vincular aos precedentes nos casos análogos e aos “detalhes próprios do caso concreto e aos padrões da Dogmática Jurídica, para concretizar o direito coletivo (...)

⁹ Neste sentido: NERY. Ana Luíza de Andrade. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3 ed. RT: São Paulo. 2018.

incluindo os precedentes e o trabalho da doutrina em uma compreensão hermenêutica do problema jurídica enfrentando”.

Contudo, os mencionados articulistas (ZANETTI. DIDIER. 2018, p. 47) aclaram:

No compromisso de ajustamento de conduta, deve órgão legitimado a celebrá-la proceder a uma aplicação não jurisdicional do princípio da unidade narrativa da Constituição; **assim, se devem evitar compromisso que não atendam à finalidade do ordenamento jurídico** (sem grifos no original)

Em disparidade com os referidos autores, este trabalho sustenta que qualquer acordo deve estar respaldado com as finalidades do ordenamento jurídico.

Caso contrário, a celebração de acordo, fara surgir um novo tipo de ativismo, ou seja, o *ativismo ministerial* (ou de outro órgão celebrante), onde acordos são notabilizados sem respaldo na legislação. É imprescindível fazer alguns esclarecimentos neste ponto, sob pena de incompreensão da tese aqui sustentada.

Neste ponto, recorreremos a teoria dos sistemas sociais¹⁰, e a categoria de acoplamento estrutural de Niklas Luhmann. O acoplamento estrutural designa relações intersistêmicas, na medida em que um sistema empresta (NEVES. 2005, p. 53) aos outros sistemas, categorias e recursos para realizar sua estrutura.

O acoplamento é ao mesmo tempo responsável por perturbações para o outro sistema, porém pode desenvolver sistemas de organização de maneira própria, onde se desenvolve o livre-arbítrio do sistema associado, criando sua própria complexidade.

Excelente exemplo ilustrado por Rômulo Figueira Neves (2005, p. 56) diz respeito a relação entre sistema da política e o sistema do direito no processo legislativo. A política é pautada por decisões de poder, somado a votação de determinações.

Em contrapartida, no sistema jurídico, as normas jurídicas precisam obedecer a certas regras, que um dia já passaram pelo crivo da política.

¹⁰ Sobre as reflexões desenvolvidas por Luhmann relacionadas ao Direito, Pierre Guibentif (2005, p.185) esclarece que: “Quando se trata ainda de contribuir para a percepção que os próprios juristas têm do seu trabalho, Luhmann procura dar conta do que, numa perspectiva sociológica, se revelou como a principal particularidade do direito moderno, a sua positividade. Considera relevante, para a própria prática do direito, entender em que consiste, quais são as funções, quais são as condições de manutenção desta positividade. E, para fundamentar esta reflexão, procura reconstituir o processo histórico que conduziu a esta positividade, isto é a positivização do direito (A). Já quando o objectivo é contribuir para uma teoria geral dos sistemas sociais, trata-se, através da observação do direito, de perceber melhor em que consiste um sistema social diferenciado, e o que distingue, entre outros sistemas, o sistema jurídico. Empreende este trabalho mobilizando o conceito de autopoieses dos sistemas e mostrando como, num processo autopoietico, se produz a distinção entre o que é jurídico e o que não o é (B). São assim identificados os dois conceitos que, sucessivamente, vão dominar a reflexão de Luhmann sobre o direito”

Todavia, a partir do momento que são promulgadas regras sobre o próprio processo legislativo em si, a política não pode simplesmente ignorá-las, como se simplesmente não existissem.

É partir deste fluxo estrutural de evolução contínua, que o acoplamento estrutural é o “suporte de funcionamento dos processos comunicativos de um sistema acoplado” (NEVES, 2005, p. 57).

Como visto, a legislação nacional permite a utilização do sistema de multiportas. O emprego deste sistema admite um diálogo com maior flexibilidade, justamente por acoplar o político com o jurídico, de forma clara e exposta. Porém, isso não permite que sejam desrespeitados o que está estabelecido pela legislação e sem levar em conta a dinâmica da política.

Luhmann (2001, p. 348) explica que:

Quanto maior a ênfase da teoria dos sistemas no fechamento operativo de sistemas autopoieticos, é de modo mais urgente que se coloca a questão de como as relações entre o sistema e seu ambiente se formam sob essa condição, pois nem a realidade, nem a relevância causal do ambiente são negados (se assim não fosse, não se poderia nem falar em diferença, diferenciação etc.). **Fechamento operativo significa tão somente que a autopoiese do sistema pode ser executada unicamente com suas próprias operações e que a unidade do sistema pode ser reproduzida somente com as operações do próprio sistema, e, no sentido inverso, o sistema não pode operar em seu ambiente; portanto, não pode se ligar a seu ambiente usando as próprias operações do sistema.** A vantagem teórica desse ponto de partida é que ele demanda um montante de precisão tão atípico quanto não desenvolvido em proposições acerca das “relações entre sistema e ambiente”. A resposta a essa demanda se encontra no conceito de “acoplamento estrutural”. Ele é assim chamado em contraste com acoplamentos operativos (acoplamentos de operações com operações) e para distingui-lo das causalidades em curso que, se podemos expressá-lo dessa forma, ignoram ou transgridam os limites do sistema (sem grifos no original)

Conforme visto, a celebração do ajustamento de conduta, na lógica do sistema multiporta, deve ser afetada na ideia de acoplamento estrutural, na comunicação entre Direito e Política, onde a Constituição Federal (e a legislação positiva sobre o assunto) é “o lugar de fala”.

O uso do TAC facilita a articulação estrutural do direito com o sistema da política (meio de comunicação do Administrador Público). Luhmann (2001, p. 377) esclarece que “podemos então dizer, em suma, que a Constituição provê soluções políticas para o problema da autorreferência do direito e soluções jurídicas para o problema da autorreferência política”.

Fernando Riste Sousa Lima (2010. p.34-35) explica que:

A Constituição Federal, o acoplamento estrutural (strukturelle Kopplung) entre os sistemas político e jurídico, age como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais. Possibilita, pois, a constante troca

de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui. **Por assim dizer, promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico, por isto mesmo o acoplamento proporciona nova comunicação, cuja consequência é a irritação do sistema parcial acoplado. Este, por sua vez, responderá com nova comunicação, ora sob seu código binário, porém ela será influenciada pela comunicação levada ao interior do subsistema pelo acoplamento. Sob essa análise, a comunicação transmitida pelo acoplamento influencia por assim dizer a evolução do subsistema acoplado.** (Sem grifos no original)

Aplicação desta lógica, prevista dentro do próprio sistema jurídico (Constituição Federal¹¹, Código de Processo Civil, Lei de Arbitragem etc.), permite articulações (acoplamento) de sistemas.

O TAC, na perspectiva do sistema de justiça multiportas, deve ser visto como uma estratégia que permite o *acoplamento estrutural* entre a comunicação (relações intersistêmicas) do *Direito* (atividade de operacionalização pelo *Promotor de Justiça*) e da *Política* (atividade operacionalizada pelo *Administrador Público*), sem gerar fissuras no sistema representativo (ativismo judicial).

Note que a ideia de acoplamento estrutural, permite o diálogo entre dois sistemas, mas conserva a autonomia de cada um deles, pois impede o ativismo.

As irritações e perturbações causadas pela prática judicial solipsista, causam irritações tanto no sistema jurídico, já que direito passa ser confundido com ato de vontade do julgador, como também no sistema político/deliberativo, já o que foi solidificado por representantes eleitos democraticamente, passa a ser completamente ignorado por um ato de vontade o julgador.

3.CONCLUSÃO

O artigo iniciou com a pretensão de responder a seguinte pergunta: a atuação institucional do Ministério Público, por meio do Sistema de Justiça Multiportas, pode conter os avanços do ativismo judicial?

No decorrer do texto, foi possível chegar à resposta positiva a indagação formulada, ou seja, a atuação do Ministério Público, por meio dos métodos alternativos de conflitos, pode conter os avanços do ativismo judicial.

¹¹ A Constituição Federal, em texto originário (art. 98), já trazia a previsão da conciliação e da transação. Por conta desta normatividade constitucional, foi sancionado a Lei dos Juizados Especiais.

E mais: a ideia da Constituição Federal como acoplamento estrutural entre Direito e Política, onde o sistema de justiça multiportas (em especial o mecanismo analisado, termo de ajustamento de conduta) possibilita proximidade entre estes dois conceitos, sem enxergar o ordenamento jurídico de maneira *solipsista* ou *voluntarista*.

A partir da teoria positiva da corroboração¹², é possível fixar algumas hipóteses (ou conclusões provisórias) sobre o tema (teoria tentativa): **X 1** - a justiça multiportas parte do ideário de que o processo não é o único meio de resolução de conflitos; **X 2** - o Ministério Público, inserindo dentro dos legitimados para ingressar com a ação civil pública, acaba reforçando, em alguns casos, a postura judiciária proativa; **X 3** - a adoção de medidas alternativas pode efetivar os direitos de maneira eficaz; **X 4** - reservando a justiça ordinária questões extremamente complexas (excessiva judicialização) e **Y** - evitando fissuras na composição democrática dos poderes (política judiciária - freio ao ativismo judicial).

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre o Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 14 jul. 2021.

BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.).

¹² POPPER. Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 2 ed. São Paulo: Cultrix. 2013, pgs. 232 a 247.

Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo | e-ISSN: 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 22 set. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

DIDIER, Fredie. JR. Hermes Zaneti. **Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. JR. Hermes Zaneti (Orgs.) **Justiça Multiportas**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2018. p. 38 - 66.

DISCURSO DO EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX. Brasília, 10 de setembro de 2020, p. 24 a 25. Disponível em: [DiscursoPosseFux.pdf \(stf.jus.br\)](#). Acesso em 15 set. 2020.

FILHO. Antônio Januário do Rêgo. **A ação civil pública e o controle judicial de políticas públicas**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 10 – n. 34, p. 123-160 – jan./jun. 2011.

GRANDE. Elisabetta. **A contribuição da antropologia para o conhecimento jurídico**. Revista Jurídica das Faculdades Secal – Ponta Grossa – v. 1 – n. 1. jan./jun. 2011.

GARTH, Bryant. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior. 2005. p.185-252.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas políticos e jurídicos**. Confluências. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito. Vol. 11, n, 2010. p. 27-45.

LEPPER, Adriano. TASSINARI, Clarissa. STRECK, Lenio Luiz. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. – vol. 5, número especial 2015 - Brasília: UniCEUB, 201. P. 53-61.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes. 2001.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2018.

MP ENTRA COM AÇÃO CONTRA COLÉGIO POR ENSINO DE IDEOLOGIA DE GÊNERO. Gazeta do Povo. 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/mp-entra-com-acao-contra-colegio-por-ensino-de-ideologia-de-genero-806o70kpd3wmi262lcnfq1lv5/>. Acesso em 21 abr. 2021.

NERY. Ana Luíza de Andrade. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3 ed. RT: São Paulo, 2018.

NEVES. Rômulo Figueira. **Acoplamento Estrutural, Fechamento Operacional e Processos Comunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhman**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo, 2005. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02102005-215154/publico/Luhmann>. Acesso em: 01 jan. 2022.

OLIVEIRA. Marcelo Andrade Cattoni. **Processo Constitucional**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

POPPER. Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 2 ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

ROCASOLANO, Maria Mendez. SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

_____. **Dicionário de Hermenêutica**. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

_____. TASSINARI. Clarissa. LEPPER. Adriano **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. – vol. 5, número especial 2015 - Brasília: UniCEUB, 201. P. 53-61.

TASSINARI. Clarissa. LEPPER. Adriano. STRECK. Lenio Luiz. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. – vol. 5, número especial 2015 - Brasília : UniCEUB, 201. P. 53-61.