

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

THIAGO DE OLIVEIRA COUTO

**O CONTROLE JUDICIAL EM NOMEAÇÕES PRESIDENCIAIS:
INTERVENCIONISMO ENTRE PODERES OU UMA POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE
CONTENÇÃO DE ABUSOS?**

**BRASÍLIA - DF
JUNHO 2021**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado forças para cursar os complexos e desafiadores caminhos dos estudos jurídicos. Agradeço aos meus pais, Felipe e Zilda, que acreditaram em mim e sempre foram inspiração na minha busca de realização pessoal e profissional. Agradeço muito ao meu filho, Caio, que promoveu grandes mudanças nas minhas percepções de vida. E é impossível deixar de ressaltar os agradecimentos ao meu querido irmão, Júnior, que há pouco nos deixou precocemente, mas que sempre me apoiou e incentivou a conquistar novos horizontes, bem como me ensinou com grande amor a ser um homem digno, decente e justo. Ao meu estimado tio Paulo e meu nobre amigo Izaías, que intercederam direta e decisivamente na consolidação desse projeto de rumo à advocacia. À minha querida tia Zilá que sempre esteve torcendo e orando por mim. Por último, agradeço ao professor Daniel Falcão que auxiliou grandemente nessa construção acadêmica.

RESUMO

A questão do ativismo do Poder Judiciário frente aos outros Poderes, sobretudo ao Poder Executivo, é uma discussão recorrente e extremamente presente ainda hoje. Os casos passíveis de análises são muitos, inclusive nos momentos governamentais atuais. Ocorre que muitas decisões relativas aos casos judicializados são, inicialmente, fulcrados em decisões liminares; assim sendo, é oportuno traçar um estudo técnico acerca de um suposto ativismo em decisões mais antigas e, portanto, já estabilizadas. Sendo assim o escopo deste trabalho é avaliar dois casos de ampla repercussão jurídica e social: a eminente decisão final do Supremo Tribunal Federal acerca dos casos do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e da ex-deputada federal Cristiane Brasil. O estudo visa contrastar dois entendimentos desta Corte, em cujos votos dos excelentíssimos ministros devem ser observados de modo institucional e técnico. Há hipóteses tendentes a concluir que, em alguns casos específicos, existe extrapolação de aplicação do teor constitucional; isto é o que tenta-se preponderar nos casos apreciados, no primeiro - Lula - houve correta interpretação normativa constitucional, no outro - Cristiane Brasil - um excesso hermenêutico dos ditames da Carta Magna.

Palavras-chaves: Ativismo judicial. Tripartição de Poderes. Controle judicial do ato administrativo. Judicialização de nomeações do Executivo.

ABSTRACT

The issue of the activism of the Judiciary Power in relation to other Powers, especially the Executive Power, is a recurrent and extremely present discussion even today. There are many cases that can be analyzed, including in current governmental moments. It so happens that many decisions relating to judicial cases are, initially, based on preliminary decisions; therefore, it is opportune to draw a technical study about a supposed activism in older decisions and, therefore, already stabilized. Therefore, the scope of this work is to evaluate two cases of wide legal and social repercussion: the imminent final decision of the Federal Supreme Court on the cases of former president Luiz Inácio Lula da Silva and former federal deputy Cristiane Brasil. The study aims to contrast two understandings of this Court, in which the votes of the most excellent ministers must be observed institutionally and technically. There are hypotheses tending to conclude that, in some specific cases, there is extrapolation of application of the constitutional content; this is what is tried to prevail in the cases discussed, in the first - Lula - there was a correct constitutional normative interpretation, in the other - Cristiane Brasil - a hermeneutic excess of the dictates of the Magna Carta.

Keywords: Judicial activism. Tripartition of Powers. Judicial control of the administrative act. Judicialization of Executive appointments.

1- INTRODUÇÃO

O Estado, conforme fora pensado inicialmente, serviria para atuar nas relações sociais (obviamente não em todas, mas nas mais conflitantes) visando proporcionar o máximo de coesão interpessoal (respeito à liberdades individuais), ordem social (garantia de direitos) e ambiente propício para desenvolvimento econômico. O Estado é uma criação abstrata, portanto, o que se

concebida quando se engendrava este ente era o estabelecimento de cargos e departamentos a serem preenchidos por integrantes do seio da sociedade.¹

Uma premissa é que estes indivíduos que preencherão esses cargos terão atribuições e poderes para exercer suas funções públicas; outra, é que as diversas funções não estão soltas, pois a estrutura é interligada econômica e administrativamente (mesmo que tenham autonomia - esta não é absoluta). Conhecendo esse conflito iminente de departamentos públicos é que se desenhou uma estrutura de divisão de competências e atuações para diminuir os níveis de interferências: os três poderes.

A ideia estrutural é que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, atuem em áreas específicas de modo a fazer toda a engrenagem funcionar, sem interferência funcional, mas com consonância e harmonia. Até exercerão influência entre si, mas no intuito de conter eventuais abusos e excessos (consagrado termo *check and balances*). Mas esta relação de contenção de poderes de forma mútua, também demanda cuidados; são nestas relações que esse estudo se construirá (especificamente na de um departamento do Judiciário - Supremo Tribunal Federal - com uma atribuição do chefe do Executivo - nomeações de cargos privativos).

Antes de adentrar no eixo problema-hipótese desse trabalho é salutar introduzir conceitos importantes para a evolução deste estudo, como por exemplo, a importância da tripartição dos poderes no Estado Democrático de Direito do Brasil: essa divisão é fundamental até mesmo para a prevalência da democracia neste país, vez que, em grande medida, é em decorrência dela que se estabelece a atuação de governantes e parlamentares, bem como, numa dissidência entre estes, a prerrogativa de dirimir conflitos, atribuída ao Judiciário.²

Para o estudo que se pretende aqui, além de conhecer a estrutura tripartite do Estado, é fundamental delimitar a corrente conceitual do ativismo que está sendo considerada, bem como perpassar pelo estudo do ato administrativo. Isso porque existem distintas definições sobre o ativismo, tanto nas possíveis formas de ocorrência, quanto nas várias matérias de direito a serem julgadas; a análise do ato administrativo se faz indispensável porque não é objeto de estudo o mérito da decisão e sim a possibilidade do Judiciário apreciar um ato administrativo de outro Poder.

Como o que se propõe a ser construído no presente trabalho é a possibilidade ou não de intervenção judicial em nomeações presidenciais, a linha conceitual adotada será de Elival da Silva Ramos³, enfoque no estudo "Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos" que se refere ao contexto e possibilidades de ativismo judicial no âmbito Constitucional.

Não se discute que pode haver ativismo em todos os setores jurisdicionais, mas analisá-lo com o enfoque constitucional é importante para perceber a capacidade de interpretação normativa da Lei Fundamental. Lembrando que não se deve restringir o ativismo de natureza constitucional a

¹ **Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro.** Edvânia A. Nogueira Dourado; Natália Figueiroa Augusto; Crishna Mirella de Andrade Correa Rosa. Congreso Internacional de Historia - DOI:10.4025/5cih.pphuem.1809 - 2011.

² **A Importância Da Tripartição Dos Poderes No Estado Democrático De Direito Brasileiro.** Felipe Mezzomo - Monografia final do Curso de Graduação em Direito TCC. UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. DCJS- Departamento de Jurídicas e Sociais.

³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos.** Editora Saraiva - 2010

apenas controle constitucional, pois também é imprescindível que exista o estudo do controle do ato administrativo⁴.

A tese de Barroso⁵ também é extremamente oportuna para conceitualização do tema trabalhado aqui, principalmente porque vai ao encontro do que apresenta o Professor Elival. Barroso incrementa o ambiente em análise somando a ideia de judicialização ser um termo muito próximo ao seu primo ativismo judicial. O ministro define ativismo da seguinte forma:

"Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes"

De plano, Barroso já larga da premissa de validade do Judiciário fazer controle nos outros Poderes, sem que haja ruptura institucional. porém é imperativo notar que existem riscos nessas decisões, que estão entrelaçadas com interesses políticos. Portanto, há de existir limites diante da capacidade institucional do Judiciário.

As decisões devem ser advindas de intervenções estritamente meritórias e inevitáveis, sem conter a profusão de entendimentos extravagantes. É de se registrar que a linha doutrinária adotada nesse trabalho é a de que, no ativismo, expressa uma grande proatividade do intérprete, que expande e/ou modificando a finalidade das normas. ⁶

Além de seguir essa linha conceitual de ativismo, é importante lançar uns breves olhares para o estudo do ato administrativo, que será feita na revisão de literatura e servirá para melhor compreender a possibilidade de admitir controle judicial em atos administrativos, bem como examinar a extensão de controle.

2- PROBLEMA-HIPÓTESE

O objeto em análise não é aferir o teor das decisões e nem estudar qual foi a parte envolvida no caso que teve vitória na causa. O principal aspecto é construir o entendimento que os poderes podem intervir uns nos outros, mesmo não sendo esta a regra. Por isso que as delimitações do problema estão na questão de que em que medida cabe ao STF analisar a discricionariedade de nomeação de cargos privativos de outros Poderes;

É imprescindível lembrar que no direito pouquíssimas regras não contém exceções. No caso de divisão dos poderes, a regra é consagrada e atribuí autonomia e independência a cada um deles, mas há casos de abusos e excessos, sendo assim plausível entender que em alguns casos caberá sim

⁴RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos**. Editora Saraiva - 2010

⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, no 1, 2012, p.23-32.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, no 1, 2012, p.23-32.

ao judiciário decidir acerca de nomeações do Executivo. Mais especificamente, neste trabalho, em casos de nomeações privativas do presidente da república. Então, em casos que afrontam a constituição há espaço jurídico para o STF decidir sobre essas ocupações de cargos;

3- REVISÃO DE LITERATURA

O ordenamento jurídico de um estado democrático de direito só atinge sua finalidade precípua quando o sistema do judiciário - aplicador das normas - é efetivo, ou seja, capaz de entregar para a sociedade um julgamento em concordância com a legislação vigente, isento e imparcial, apenas prestigiando o império da lei.

Considerando todo o processo de formação normativo, seja pelo legislativo ou pelo executivo, que externam suas intenções com o escopo de representar o povo ou buscar o melhor interesse público, respectivamente, cabe ao judiciário (autoridades públicas devidamente inseridas) o dever de se abster de participar de inovações interpretativas, limitando-se apenas ao que já foi posto e decidir em conformidade com as leis vigentes - e dentro de sua jurisdição.

A justiça, representada diversas vezes por uma imagem vendada, simbolizando a figura de um julgador justo, não tendencioso, sereno e equilibrado, em varias situações é questionada sobre sentenças proferidas fora dos ditames legais. O objeto deste marco teórico é analisar justamente o aspecto das decisões que eventualmente fogem da aplicação da lei por serem tomadas por excessiva discricionariedade visando atender um interesse: é o ativismo jurídico.

Dentro de uma lide, além das partes litigantes, há a figura de um juiz equidistante delas, que apreciará o caso a fim de proferir uma decisão que expresse os ditames legais e que, mais do que isso, traga justiça social dentro dos limites delimitados por um ordenamento jurídico.

Mas não se pode olvidar que esses julgadores são parte da sociedade e têm, portanto suas histórias e influências de vida. São humanos que têm sentimentos e impressões próprias e, algumas vezes, intenções escusas. No campo deontológico é perfeitamente possível imaginar um julgador totalmente neutro e desinteressado nos deslindes de seus casos julgados, mas na prática ocorrem situações que são questionadas pela ausência de técnica nas decisões.

É imprescindível examinar a origem conceitual do termo em estudo: o ativismo judicial foi utilizado inequivocamente após a segunda guerra, inicialmente nos Estados Unidos e o próprio termo foi tido como polêmico, mas mesmo assim teve ampla e crescente adesão no mundo todo. No Brasil, após a Constituição de 1988, há enfoque em estudos relacionado principalmente com o contexto de judicialização política do Supremo Tribunal Federal⁷, mas sabidamente aqui no país o fenômeno também se iniciou bem antes disso.

O conhecido caso de Marbury vs Madison, ocorrido na Suprema Corte dos Estados Unidos, é um importante marco para a percepção da existência de ativismo. É um importante caso a ser explorado nesse momento do trabalho: é importante iniciar salientando que este caso é o que se entende ser o paradigma do controle difuso de constitucionalidade.

⁷ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudencia constitucional e política no STF pós-88. CEBRAP nº 96, São Paulo, julho de 2013.

Explicando o caso lembra-se que se passou no final do século 18. O então presidente, John Adams, estava notando importantes perdas políticas, inclusive a cadeira presidencial, que foi preenchida por Thomas Jefferson. Diante das derrotas, Adams, deu origem a um movimento visando estabelecer e manter controle no Poder Judiciário.

Em 1789, Adams promoveu a alteração do *Judiciary Act* para dobrar o número de juizes federais e também decidiu nomear John Marshall como *Chief Justice*. Cabe lembrar que dentre as nomeações estava a de William Marbury, nomeado para Juiz de Paz no estado da Colúmbia. Anos depois, James Madison é designado Secretário de Estado e se lançou a analisar a nomeação desses novos magistrados.⁸

Em suas verificações, o Secretário Madison percebe que alguns magistrados ainda não tinham recebido a carta presidencial de nomeação, o que tornava o ato administrativo passível de nulidade. E foi exatamente o que ele fez: cancelou todas as nomeações com pendências, inclusive a de Marbury, que ficou indignado e ajuizou ação em face de Madison na Suprema Corte Norte Americana; momento que o caso passou a se chamar *Marbury Vs Madison*.⁹

O Chief Justice, John Marshall, foi o julgador da causa e, além de grande jurista, foi o precursor do direito constitucional americano e habilidoso político. Em suas ponderações disse que o conflito entre as normas Constitucionais e da Seção 13 do Judiciary Act, em regra deveria ter a Carta Magna como prevacente. Declara inconstitucionalidade do Judiciary Act por contrariar preceitos da Constituição e revoga o ato.

Também para outro autor, Teixeira¹⁰, o centro de origem do termo foi no cenário jurídico norte americano. Em seu trabalho menciona um grande marco do ativismo, apontando para o importante julgado *Lochner Vs. New York*; diante de um caso de liberdade contratual acerca de jornada de trabalho a Suprema Corte americana, em decisão inédita, teve entendimento que esta referida liberdade, embora não escrita, estava implícita no contexto de devido processo legal.

Mas além desse caso flagrante de ativismo judicial, em 1947, o pesquisador e historiador Arthur Schlesinger Jr., escreveu uma matéria para a revista *Fortune* em que ele analisava as características do termo recentemente criado, não só pelo viés jurídico, mas também social e político, aprofundando até o ponto de poder dizer que alguns membros da Suprema Corte dos EUA tinham lado e, até mesmo qual lado era esse.

O que ficou marcante neste trabalho antológico do historiador, para Teixeira, é o aspecto de decisões jurídicas estarem sendo tomadas de modo indissociável de interesses políticos. É como se já houvesse a necessidade ou interesse de um deslinde, então, o que se fazia era formular uma fundamentação para aquele resultado desejado, mesmo que para isto fosse preciso fazer uso de um malabarismo interpretativo exacerbado, que foge das margens discricionárias admitidas pela hermenêutica.

Assim sendo, essa prática de extrapolar entendimentos e, ao invés de aplicar a lei, utilizar argumentações eivadas de interesses e opiniões pessoais, passou a ser verificada às centenas nos

⁸ BATISTA, Fernando Natal. A Constituição como fonte de poder: breves apontamentos sobre o controle judicial da atividade política pela jurisdição constitucional. Revista Direito Mackenzie 2017 | v. 11

⁹ BATISTA, Fernando Natal. A Constituição como fonte de poder: breves apontamentos sobre o controle judicial da atividade política pela jurisdição constitucional. Revista Direito Mackenzie 2017 | v. 11

¹⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre reacionalidade política e decisão política. Rev. Direito GV vol. 8 nº. 1 - São Paulo - Jan/Jun 2012

anos de 1960. Apenas para constar, não se pode esquecer do seu diametral inverso no campo das decisões judiciais, que é a *contenção judicial*, que em linhas gerais é a não atuação dos julgadores e instituições dentro dos parâmetros apropriados e esperados de uma ordem jurídica democrática.

No Brasil a ocorrência do ativismo é associada ao HC 300, manejado por Ruy Barbosa em favor das pessoas presas em decorrência do abalado estado político enfrentado pelo país naquele momento. O presidente à época era Floriano Peixoto e a ele é atribuída essas ordens de prisões. Esse caso é emblemático porque a jurisprudência em relação a suspensão de atos praticados por autoridades passou a evoluir, até ter transformações normativas e o advento do Mandado de Segurança.

Mas o foco deste marco teórico é o *ativismo judicial*, cujo debate principalmente desdobra-se no papel do judiciário e no modelo de decisão adotado nas sentenças. Então há de se destacar os modelos de aplicação de normas existentes ao longo da história. No absolutismo monárquico, o poder de conceber as normas, decidir quem seria julgado, como este processo se daria, bem como o próprio julgamento, estava na figura do rei.

Com a concentração de todas estas prerrogativas, o monarca detinha demasiado poder para gerir os conflitos. Inevitavelmente chegava a desfechos diferentes em casos análogos, ou mesmo idênticos. Nos moldes do liberalismo europeu contra este absolutismo há a busca da organização institucional, aparecendo a figura do juiz como braço do Estado para entregar o direito. Este, então, aparece como agente civilizador, mas com poderes separados dos demais poderes do Estado, tendo assim, autonomia para exercer sua jurisdição de forma independente e imparcial.¹¹

Nessa transição de modelos tão diferentes entre si, observa-se a construção de um sistema que antes permitia amplos espectros decisórios ao soberano, para um que conta com maior previsibilidade na aplicação das normas, ou seja, o que este novo modelo traz é uma participação menos ativa do julgador, que estará voltado a aplicar o direito posto aos fatos ocorridos.

Mas o Estado não é composto só por seu aparato jurídico; ele é movido por interesses econômicos, sociais e políticos, por exemplo. Esses aspectos são os preponderantes para a ocorrência do ativismo no judiciário. O estudo desse tema, é fundamental para que sejam estabelecidas as fronteiras do direito e da política, de modo que nenhum invada o domínio do outro.¹²

Além de evidenciar esse tipo de conflito aduzido no paragrafo anterior - entre o direito e a política - o mesmo autor ainda elenca outros tipos de tensão como sendo bem comuns. Por exemplo o caso de juízes, que não foram eleitos e, então não têm a prerrogativa de legislar, agindo de tal maneira que, ao decidirem, acabam inovando o ordenamento jurídico (este composto por normas, feitas por agentes públicos de cargos eletivos e, portanto, dotados deste poder de legislar). O autor aponta vários tipos de ativismo como:

“... as tensões advindas dos binômios a) uso criativo dos precedentes Vs. uso estrito dos precedentes; b) decisões orientadas politicamente Vs decisões orientadas juridicamente; c) supremacia da vontade popular Vs. direitos humanos.”

¹¹ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudencia constitucional e política no STF pós-88. CEBRAP n° 96, São Paulo, julho de 2013.

¹² KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudencia constitucional e política no STF pós-88. CEBRAP n° 96, São Paulo, julho de 2013.

Essa é uma análise dos primórdios do ativismo judicial - ou pelo menos de sua percepção de modo acintoso no judiciário -, ou seja, como ele surgiu nos Estados Unidos da América no fim dos anos de 1940 e como foi se propagando nas décadas vindouras ao redor do mundo. A esse trabalho importa identificar quando esse fenômeno chegou ao Brasil e como foram suas características.

No país, há indícios de ativismo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que ao entrar em vigor trouxe várias prerrogativas aos magistrados, que os conduziram a uma atuação mais presente na sociedade. A própria utilização do controle abstrato de constitucionalidade é um mecanismo que possibilitou vários casos de ativismo de garantia de direitos não respaldados por lei.

Um caso trazido por Teixeira¹³, foi a grande ampliação do rol do legitimados para ajuizar ações de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (art. 103, CF/88). Isso possibilitou maior participação desta corte na decisão de políticas públicas e medidas sociais e, conseqüentemente, aumentou sua responsabilidade e seu poder como um todo.

O problema do ativismo é a inadequação das decisões com a Constituição e com a própria democracia e não respeito à divisão dos poderes. O ativismo não é mais uma forma hermenêutica de interpretar a Constituição, é uma forma de ampliar a própria jurisdição e atuação, cujo principal risco é o de perder a medida das decisões¹⁴.

O ativismo judicial, conceitualmente nada mais é do que a continuidade de sistemas baseados em julgamento pela tradição; é colocar o juiz como uma autoridade incumbida de buscar a justiça, os direitos dos indivíduos, como prevalece no *Common law*. A crescente judicialização das relações sociais é resultado do aumento do número de políticas públicas que passaram a ser discutidas em juízo¹⁵.

Mas ainda que muito falado, tanto em ambientes acadêmicos quanto no corpo da sociedade pelos cidadãos em geral, o ativismo judicial ainda é pouco estudado. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes¹⁶, notou em sua pesquisa que, até 2012 só havia dois livros que tratavam do tema exclusivamente.

“ O primeiro, *Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal*, organizado por Vanice Regina Lírio do Valle, foi publicado somente em 2009. O segundo, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, de autoria do professor Elival da Silva Ramos, em 2010.”¹⁷

Essa falta de trabalhos de pesquisa e produção acadêmica do tema incentiva a utilização dos termos de forma um tanto quanto aleatória, justamente por não haver uma conceituação bem definida. Para um melhor entendimento do termo “ativismo judicial” o autor propõe analisar quatro

¹³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade política e decisão política*. Rev. Direito GV vol. 8 n°. 1 - São Paulo - Jan/Jun 2012

¹⁴ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. CEBRAP n° 96, São Paulo, julho de 2013.

¹⁵ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. CEBRAP n° 96, São Paulo, julho de 2013.

¹⁶ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Revista Direitos Culturais. Vol. 7, n° 12, 2012.

¹⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Revista Direitos Culturais. Vol. 7, n° 12, 2012.

fenômenos diferentes mas que chegam até a ser usados como sinônimos: *judicialização*, *judicialização da política*, *neoconstitucionalismo* e *o ativismo judicial*.

A *judicialização* é a transferência da decisão para o sistema judiciário e faz menção a um objeto (um bem da vida garantido pelo direito) genérico e vasto, como lides relativas “ a vida social dos cidadãos, da vida política da nação, de relevância religiosa, científica, moral, etc.”, escreve Fernandes. Não há um recorte tão delimitado como é o caso da *judicialização da política*, onde o objeto tratado em juízo tem relação direta com aspectos advindos da atuação de agentes políticos.

Ainda assim, essas definições podem carregar consigo um liame conceitual muito próximo e, para isso, Fernandes sugere uma análise quantitativa e uma qualitativa:

“ A primeira (*quantitativa*) diz respeito à quantidade de ações que são submetidas ao Judiciário; o que reflete em uma maior participação desse terceiro Poder na vida da população. (...) e o aspecto *qualitativo*, por seu turno, refere-se à forma como o Judiciário julga as questões a ele submetidas. Diz respeito a uma dupla ampliação: a) dos temas a ele submetidos – não em relação à quantidade de ações, mas, sim, à gama de assuntos (morais, políticos, religiosos, etc.) que passam a ser conhecidos – e b) da maneira de julgamento dessas mesmas questões antes não conhecidas.¹⁸

Em suma, a judicialização pode ser enxergada como sinônimo de *judicialização das relações sociais*, uma vez que ela está relacionada com o chamamento do judiciário para resolver questões privadas, públicas, de cunho moral, religioso, ou qualquer um outro. Enquanto a *judicialização da política* tem uma delimitação bem mais fechada, entendida como a utilização do Poder Judiciário para decidir assuntos eminentemente políticos e que, usualmente são resolvidos nos seus cenários de ocorrência (casas legislativas e executivas). Nesta última há o direcionamento de poderes para que o juízo estatal tenha mais relevância no “jogo político”.

O outro termo a ser melhor explorado é o *neoconstitucionalismo*, também convencionado chamar de *novo constitucionalismo*. Trata-se da forma como está consolidado o estado constitucional de direito, que traz interpretações axiológicas e principiológicas para o ordenamento jurídico. As normas de uma constituição que têm diversos princípios são passíveis de aplicação subjetiva (ponderada). Complementando esse conceito, Ana Paula de Barcellos¹⁹ escreve em seu trabalho que o termo é usado para se referir ao estado constitucional contemporâneo, ou seja, a importância de como é interpretada a orientação das leis máximas de um país.

O primeiro aspecto a se observar é a evolução dos notórios **marcos históricos** neoconstitucionais: para Barroso²⁰ é no pós guerra que o fenômeno se inicia - sobretudo na Alemanha e na Itália - considerando que no Brasil, indubitavelmente, surge bem depois, apenas na constituição de 1988. Barroso analisa que as *leis de Nuremberg* são os principais exemplos de normas que se ergueram com a finalidade de massacrar de seres humanos. Nesse contexto os juízes eram a “boca da lei”, portanto, apenas a pronunciavam.

¹⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. Revista Direitos Culturais. Vol. 7, nº 12, 2012.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo - FGV. Vol. 240, 2005.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Faculdade Direito Universidade de Coimbra, 2005 - HeinOnline.

Outro marco, seguinte a esse momento medonho da humanidade, para Barroso, é a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948), que inspirou inúmeros pactos importantíssimos para o avanço da preservação da vida, dos direitos individuais, da equalização de problemas econômicos globais e, ao fim, a própria paz entre nações. O terceiro momento é o conhecido e, tão lembrado *juízo de Nuremberg*, que condenou a alta cúpula dos nazistas e simbolizou o nascimento da nova ordem mundial de julgamentos.

Saindo dos passos marcantes apontados por Barroso e voltando para a análise de Fernandes, nota-se que essa caminhada representa a própria forma contemporânea de concepção do direito: como sendo um elemento produzido a partir da vontade humana e criada pelo Estado, principalmente pelos representantes populares e, sobretudo, na forma de lei. Fato é que esses marcos históricos embasaram discussões ao redor do mundo gerando uma necessária diferenciação entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo.

Primeiramente é salutar ressaltar as características do pós-positivismo, que para Fernandes, podem ser identificadas resumidamente como: “ a) abertura valorativa do sistema jurídico; b) princípios como categorias de normas jurídicas; c) princípios e regras considerados como espécies do gênero norma; d) Constituições como sede de princípios e centro dos sistemas jurídicos; e e) mudança de foco do Legislativo para o Judiciário, com a fixação do conteúdo da norma pelo intérprete” .

O neoconstitucionalismo, por sua vez, apresenta todos estes aspectos do pós-positivismo (por ter sido jusfilosoficamente posterior a ele) e é acrescido de alguns aspectos: “a) estruturação sobre o valor político-jurídico de um Estado Democrático de Direito; b) concretização dos valores constitucionais, negando-se a existência de normas puramente programáticas em face de princípios como os da máxima efetividade da Constituição; e c) dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento.”²¹

Obviamente que todos estes termos - já definidos acima - apresentam algo que de fato permite compreender qual a grande confusão na utilização deles. Eles têm algo em comum que é o limite tênue deferido às autoridades julgadoras de aplicar a lei (como espera-se do juiz, a priori), ou observar o caso concreto, a fim de postular eventuais entendimentos não positivados com a finalidade última de obter a justiça (valor juspositivista).

Toda esta análise acima fora desenvolvida para compreender que o último termo ressaltado como fundamental, o *ativismo judicial*, tem aspectos distintos destes já elencados. Fernandes apresenta uma visão de como, de fato, o ativismo é visto e até mesmo praticado na cena doutrinária e prática do Direito:

“ Essa expressão é comumente utilizada de maneira ambígua ou, no mínimo, dispersa e desencontrada; às vezes, com destaque para um perfil aditivo inesperado. Em outras, com ênfase na ausência de lei embasadora da decisão; ou também revelando um perfil negativo em relação à declaração de inconstitucionalidade de normas.”

Há uma aplicação do termo feita de forma leiga ou atécnica que denota uma atuação temperamental de um magistrado ou, então, a de uma presença fundamental deste diante de uma completa lacuna institucional. Ou, em outra análise, a participação deliberada do julgador a fim de ganhar destaque e evidência dentro do campo midiático, por mera espetacularização da decisão.

²¹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. Revista Direitos Culturais. Vol. 7, nº 12, 2012.

Mas, segundo o estudo de Fernandes, há fundamentalmente um escopo muito maior que estes. O autor demonstra na sua pesquisa que a doutrina traz pelo menos sete fins desejados ao incorrer no ativismo judicial; ou sete tipos diferentes de ativismo claro, quais sejam: “ o contramajoritário, o não originalista, o jurisdicional ou formal, o de precedentes, o material ou criativo, o remediador e o partisan”.

Discorrer sobre cada um desses tipos de ativismo, bem como, identificá-los nos padrões de decisões do Brasil não é o exato propósito dessa delimitação teórica inicial. Portanto, findo esta parte inaugural, marcada pela introdução de pontos históricos, semânticos e conceituais já se tem suporte suficiente para o desdobramento desta monografia. Evidentemente, ressalta-se que, conforme houver necessidade, os teores mais adstritos ao tema serão devidamente explorados a fim de trazer uma análise mais técnica e aprofundada sobre este assunto que trataremos.

Mas antes de adentrar nos casos, um aspecto fundamental a ser apresentado é uma breve apreciação do tema relativo ao controle judicial dos atos administrativos, pois é um importante aspecto desse trabalho. Em grande medida esse estudo se destina a analisar a perfeição jurídica-administrativa dos atos de nomeação do presidente.

A admissibilidade do pleito em juízo de um ato é fator importante de ser analisado, bem como a extensão do controle judicial cabível. O Estado de Direito na qual se insere um ato administrativo é a consagração jurídica de um projeto político e, justamente por isso, tem real possibilidade de ser contestado judicialmente para julgamento de eventuais limites ultrapassados, com a intenção máxima de apenas conter excessos e intemperanças advindas do poder público.²²

Nas constituições modernas o conceito de todo poder emanar do povo e em seu nome ser exercido, faz com que a finalidade de um ato não possa ser realizado por autoridade externa ou estranha aos destinatários daquele ato; nem, muito menos, autoriza esses agentes públicos a utilizar esses instrumentos públicos em favor de seus desígnios próprios.²³

Na análise judicial de atos administrativos o que mais importa é perceber se a conduta administrativa ilegítima trouxe ou não prejuízos de fato, ou mesmo se, a partir dela, há uma impossibilidade de fruir os efeitos desejados, caso o procedimento administrativo estivesse em consonância com o direito.²⁴ A seguir vamos ver, nos casos concretos, se houve esse gravame ao setor público e social.

A importância do estudo do ato administrativo nesse trabalho é devido ao fato de estarmos empenhados em verificar eventuais falhas procedimentais administrativas. Para Bandeira de Mello, toda vez que um ato administrativo fere o fim a que se prestava, há uma violação de um direito individual, por isso, é perfeitamente possível obter proteção jurisdicional, inclusive em nomeações presidenciais.

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Controle Judicial dos Atos Administrativos**. Revista de direito administrativo, 1983 - bibliotecadigital.fgv.br

²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Controle Judicial dos Atos Administrativos**. Revista de direito administrativo, 1983 - bibliotecadigital.fgv.br

²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Controle Judicial dos Atos Administrativos**. Revista de direito administrativo, 1983 - bibliotecadigital.fgv.br

Por fim é importante salientar que o poder público não é uma propriedade privada de quem o exerce, mas sim um mecanismo que a Administração dispõe para cumprir suas finalidades legalmente estabelecidas e em consonância com os ditames constitucionais.

4- METODOLOGIA

A metodologia aplicada ao trabalho foi a de análise de casos concretos de duas nomeações advindas de três Presidentes da República diferentes, que tiveram ações ajuizadas e chegaram ao Supremo Tribunal Federal, com Ministros Relatores diferentes, que decidiram, à luz da Constituição, sobre cada caso de modo a salvaguardar os preceitos estabelecidos pela Carta Magna.

O primeiro caso a ser apresentado ocorreu no mandato da ex-Presidente Dilma Rouseff quando da nomeação de Luis Inácio **Lula** da Silva, para Ministro da Casa Civil. Explicando melhor o caso: tinham-se um cenário em que Lula estava prestes a ser julgado sob acusação de corrupção e lavagem de dinheiro pela Justiça Federal do estado do Paraná, na operação denominada de Lava-Jato. Com a efetivação de sua nomeação a ação penal de Lula teria um novo foro, em decorrência da função ocupada. Sairia da Justiça Federal e iria para o Superior Tribunal Federal.

Justamente esse foi o questionamento, ao próprio STF, em ação que buscava posicionamento da suprema corte acerca eventual nomeação com desvio de finalidade e, portanto, incompatível com a Constituição. Foi aos cuidados do Ministro Gilmar Mendes que se assentou a relatoria deste caso. A ação de autoria dos partidos PPS e PSDB requeriam a suspensão da aludida nomeação justamente por conter ilícito claro, que era o de causar confusão para o deslinde da ação penal que o ex-presidente Lula respondia.

“Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade” - Min. Gilmar Mendes, no julgamento da liminar.

O ministro relator entendeu haver desvio de finalidade na nomeação. Essa decisão constituiu a suspensão da nomeação e o consequente retorno da ação penal para o Juiz Sergio Moro. Neste caso, para defender os preceitos constitucionais dos fins de ato público, o STF, interviu no âmbito do executivo - em uma prerrogativa exclusiva do Presidente de República - para barrar tal ação por entender que claramente se distanciava da finalidade a que se propunha. Esse caso mostra a possibilidade da intervenção entre poderes para a preservação do interesse público e da CF (um exemplo de freios contra excessos e abusos).

O segundo caso é da nomeação pelo ex-Presidente Michel Temer da então Deputada Federal Cristiane Brasil ao cargo de Ministra do Trabalho. A então Deputada Federal tinha duas condenações trabalhistas, o que ensejou o ajuizamento de ação fundamentada no atentado contra a moralidade. A Justiça Federal proibiu a nomeação por entender justamente uma violação ao principio da moralidade na administração pública, descrita no artigo 37 da CF.

Em recurso, a defesa de Cristiane buscou o Superior Tribunal de Justiça, onde conseguiu reverter a decisão da Justiça Federal. O ministro Humberto Martins cassou a suspensão da nomeação por entender que o principio da moralidade não é autoaplicável, dependendo de lei que o

regulamente, e , na ausência de lei que proíba condenados pela Justiça do Trabalho de ser Ministro do Trabalho, o impedimento da ré era um erro.

Essa decisão lavrada no STJ obviamente chegou à Suprema Corte, pois o Ministro Humberto Martins claramente estava decidindo com base na interpretação da CF. A ministra Carmem Lúcia, relatora da ação, derrubou a decisão justificando que o STJ usurpou competência do STF para decidir sobre questões Constitucionais. Antes que a Ministra decidisse sobre o mérito, já que a decisão da manutenção da nomeação tinha sido derrubada, o Presidente Temer anulou a nomeação da ré e acolheu um novo nome para assumir a pasta.

Em ambos os casos, independentemente das decisões e entendimentos prevalecentes, o fato é que os ministros se viram aptos e legitimados para realizar julgamentos, ou seja, eles não enxergaram em suas atuações uma disruptura institucional de forma que não haveria nenhum atentado à separação do poderes. Isso confirma a tese de que, mesmo que em regra a separação e autonomia dos poderes exista, em alguns casos há a possibilidade de imposição de freios entre poderes, para impedir excessos e abusos e sem usurpação de competências.

Existem inúmeros casos que podem ser analisados a fim de construir estudos que visam rastrear um possível ativismo por parte do sistema Judiciário, porém, neste trabalho, a proposta é verticalizar apenas nos casos do ex-presidente Lula e da ex-deputada Cristiana Brasil. O que passa a ser feito a partir daqui.

4.1 Análise do Caso Lula

O caso é do ano de 2016 e, por isso, primeiramente é importante uma breve contextualização dos fatos que acabaram levando a provocação jurídica até o STF. O momento político do Brasil estava bem conturbado e uma série de operações anticorrupção estavam sendo deflagradas e com grandes agentes públicos sendo julgados e condenados, ou na iminência de sê-lo. Entre eles estava o ex-presidente Luis Inacio Lula da Silva, que, entre outros processos, tinha um na 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba, sob jurisdição do juiz Sérgio Moro.

Essa ação, em especial, tratava do suposto beneficiamento de Lula por empreiteiras em troca de favorecimento em obras. O cerne do que estava por ser julgado - nem o veredito, em sim - importam muito para este trabalho, pois aqui o estudo se atentará às manobras político-jurídicas que foram realizadas para tentar, conferindo de foro por prerrogativa de função, retirar o ex-presidente do julgamento do douto juizado federal de Curitiba.

Tendo, Lula, sua nomeação como Ministro chefe da Casa Civil, pela então presidente Dilma Housseff, passaria a ter foro no STF; ou seja, os autos seriam enviados a outra instância judicial e, portanto, julgados por outro magistrado. E é a essa nomeação (e seus desdobramentos) que o presente trabalho pretende se ater, analisando de forma técnica os pedidos jurídicos formulados diante do caso.

De plano, é de se salientar que, a priori, não haveria óbice nenhuma à referida nomeação. O cargo em questão é de livre nomeação, a ser designado pelo Presidente da República de forma a atender seus interesses políticos, como afirma a Constituição:

Título IV
Da Organização dos Poderes
Capítulo II
Do Poder Executivo
Seção II

Das Atribuições do Presidente da República

Art. 84. Compete **privativamente** ao Presidente da República:

- I - **nomear** e exonerar os Ministros de Estado;
- II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

Existem também outros requisitos para preenchimento do cargo, mas todos eram supridos, à época, pelo ex-presidente, em conformidade com o **Art. 87** da Constituição Federal que institui legitimidade para ocupação do cargo a escolha "dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos". Então, se a Presidente Dilma tinha discricionariedade para a escolha, e o fez respeitando as imposições normativas, por que foi aventada a possibilidade de pedido de suspensão da referida nomeação?

A interpretação normativa, sobretudo a constitucional, não se dá somente pela consideração de aspectos isolados. Os atos oriundos do Poder Público devem ser norteados por preceitos outros, igualmente cristalizados no ordenamento jurídico vigente. É o caso concreto que trará as evidências acerca da observância (ou não) destes imperativos legais e principiológicos necessários para a perfeição de um ato administrativo.

Ainda na Constituição Federal, em seu Art. 37, o constituinte asseverou a obrigatória realização, de qualquer ato público, dentre eles as nomeações, a consonância com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses aspectos foram entendidos, por alguns, não supridos nesta nomeação em questão, o que ensejou um grande número de ações no judiciário, como é comum em casos de grande repercussão.

Vamos examinar, porém, a ação e a decisão movida na 4ª Vara da Seção Judiciária do DF, aos cuidados de julgar do Exmº Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto. Trata-se de uma ação popular movida pelo advogado Ênio Meregalli Junior pedindo a suspensão imediata de Lula ao cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

Primeiramente, têm-se que o advogado moveu Ação Popular e, por isso, a competência de julgar foi do primeira instancia da Justiça Federal, em respeito à Lei 4717/65 - Lei da Ação Popular:

DA COMPETÊNCIA:

Art. 5º Conforme a **origem do ato impugnado**, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.

Mesmo diante de notícias de diversas ações espalhadas pelo Brasil com potencial conexão à ação, o eminente Juiz Federal foi o primeiro a fazer uma decisão e entendeu, liminarmente, pela suspensão da posse do ex-presidente Lula. O magistrado, em sua decisão, asseverou que "o mérito

era complexo e grave, devendo ser submetido ao contraditório e resguardados todos os direitos e garantias constitucionais assegurados”.

Dr. Itagiba deferiu o pedido baseado na interpretação de que a Presidente Dilma estava usando de indevida e odiosa atuação para intervenção no Poder Judiciário, visando promover o deslocamento de competência, ao menos em tese. Referia-se à intenção da Presidente de inviabilizar o julgamento de Lula pelo TRF 4 , como estabelece a Constituição. A decisão sustava a nomeação e, eventualmente se já empossado, que não atuasse no cargo em decorrência da suspensão da posse, sob pena de desobediência de decisão judicial.

"Em vista do risco de dano ao livre exercício do Poder Judiciário, da atuação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, defiro o pedido de liminar para sustar o ato de nomeação do sr. Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro de Estado da Casa Civil da Presidência da República, ou qualquer outro que lhe outorgue prerrogativa de foro". escreveu o magistrado.

O governo, insatisfeito, recorreu ao STF mediante a Advocacia Geral da União, que defende o governo perante a justiça. José Eduardo Cardozo era o Advogado-Geral da União e, no recurso negou que houvesse existido desvio de finalidade com objetivo de burlar o princípio do juiz natural. Levantou, outrossim, a incompetência do juiz Sergio Moro para divulgar conversas telefônicas com agentes políticos que detém foro especial. Cardozo também questionou a imparcialidade do Juiz Catta Preta, que determinou a suspensão de posse de Lula, alegando que o magistrado já havia se manifestado contrário ao governo em manifestações pró-impeachment da presidente Dilma.

Devido à grande repercussão do caso, inúmeras ações foram exaradas nos TRF's , mas foram cassadas, em decorrência da primeira decisão ter sido tomada, como já foi ressaltado no trabalho, pelo Juiz Federal Itagiba Catta Preta do TRF1. Varias ações também foram ajuizadas, no STF, visando pôr fim aos diversos entendimentos acerca do caso.

A ação interposta pelo PSDB e PPS foi distribuída e designada para a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que, no dia 18/06/2016, manteve o entendimento do Juiz Federal Itagiba, confirmando a suspensão da posse do ex-presidente Lula e colocando fim à discussão. O ministro afirma que enxergou vontade de Lula para atrapalhar as investigações em que era alvo, na operação conhecida como Lava-jato. Além disso, na decisão, Ministro Gilmar determinou que a investigação seguisse sob a competência do Juiz Sergio Moro.

"O objetivo da falsidade é claro: impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância. Uma espécie de salvo conduto emitida pela Presidente da República", afirma Gilmar na decisão.

Sobre o tema, outros ministros da Corte também se manifestaram, entre eles, o destaque à interpretação do Ministro Celso de Mello, que ressaltou que mesmo que haja mudança de foro competente para julgamento, em respeito às prerrogativas de cada caso, não há que se falar em benesses ou blindagem por parte do judiciário para com a autoridade julgada:

“A nomeação de alguém para o cargo de ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no Artigo 87 da Constituição da República, não configura , por si só, hipótese de

desvio de finalidade. Eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de ministro de Estado não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal. (...) A mera outorga da condição político-jurídica de ministro de Estado não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do presidente da República, pois, mesmo investido em mencionado cargo, o ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular.”

Ministro Celso de Mello

Em suma, com a decisão do ministro Gilmar Mendes, ficou estabilizado o entendimento de que Lula não teria sua nomeação validada e, muito menos entraria em exercício, o que, portanto, não ensejaria alteração de foro em decorrência da função ocupada. O judiciário, então, atuou fazendo a contenção de um ato do Poder Executivo, julgando acertadamente intenções escusas da nomeação.

4.2 Análise do Caso Cristiane Brasil

Esse caso, que aqui será apreciado, também envolve decisões judiciais em nomeação para ministro de Estado e ocorreu em 2018, no governo interino do Presidente da República Michel Temer. Cabe, por ora, apresentar uma breve contextualização da parte diretamente envolvida: Cristiane Brasil Francisco, advogada e à época Deputada Federal (eleita em 2014 e exercendo seu mandato a partir de 2015), filiada ao Partido Trabalhista Brasileiro (PTB).

O momento político deste caso era o posterior ao impeachment da ex-presidente Dilma Housseff, no qual o então presidente Michel Temer estava no poder e, portanto, incidindo sobre ele a prerrogativa exclusiva de promover as nomeações ministeriais de modo que lhe conviesse politicamente, conforme já destacado nesse trabalho anteriormente, com os respaldos constitucionais que lhe conferiam tais poderes enquanto Presidente da República.

Cristiane Brasil recebeu o convite para assumir o Ministério do Trabalho e teve até o horário de sua posse designado para o dia 22/01/2018 às 9:00. Fato é que, por decisão liminar, da então presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministra Cármen Lúcia, essa solenidade não chegou sequer a acontecer. Para isso ter acontecido é necessário examinar alguns eventos pretéritos à decisão da eminente ministra para a Deputada Federal.

Anos antes de ser convidada para o cargo de ministra, Cristiane foi ré em uma ação trabalhista na qual o autor do pleito era um homem que alegava ter sido seu motorista. Os autos processuais traziam que o funcionário chegara a trabalhar até 15 horas por dia e sem ter o seu registro profissional assegurado através da Carteira de Trabalho.

Ao julgar a ação, o magistrado de primeira instância da justiça trabalhista, Dr. Pedro Figueiredo Waib, condenou Cristiane, reconhecendo o vínculo trabalhista: "Acolho que o autor trabalhava de segunda a sexta, das 6h30 às 22h, com uma hora de intervalo intrajornada". o Juiz fixou, então, uma condenação no valor de R\$60.000,00 (sessenta mil reais) a título de gratificação natalina, férias e aviso prévio (sentença exarada em julho de 2017).

A ré contestou a decisão nas instâncias superiores, mas a condenação restou-se mantida. Bens da deputada foram penhorados para a quitação da dívida trabalhista e, basicamente isso, é tudo que precisa ser considerado neste trabalho que não visa examinar a questão decidida nas cortes trabalhistas. Importa salientar apenas que essa sentença condenatória é que foi o mote para a ação que, por fim, foi impetrada no STF para suspender a nomeação como ministra de Estado.

Um grupo de advogados movimentou uma Ação Popular²⁵ no Juizado Federal Criminal de Niterói (Rio de Janeiro), pedindo liminarmente a suspensão da posse de Cristiane, vez que entendiam que a referida nomeação feria a moralidade administrativa. A distribuição da ação foi para a 4ª Vara Federal Criminal de Niterói e acatada pelo Juiz Dr. Leonardo Costa Couceiro, que determinou a suspensão da posse:

"Em exame ainda que perfunctório, este magistrado vislumbra flagrante desrespeito à Constituição Federal no que se refere à moralidade administrativa, (...) quando se pretende nomear para um cargo de tamanha magnitude, ministro do Trabalho, pessoa que já teria sido condenada em reclamações trabalhistas, condenações estas com trânsito em julgado (...) Assim, verificada a presença dos requisitos do artigo 300 do CPC, DEFIRO em caráter cautelar e liminar inaudita altera parte, provimento para SUSPENDER a eficácia do decreto que nomeou a Exma. Deputada Federal Cristiane Brasil Francisco ao cargo de Ministra de Estado do Trabalho, bem como sua posse"

A Advocacia Geral da União (AGU), que estava fazendo a defesa da Deputada, recorreu ao Tribunal Federal Regional da 2ª Região (TRF2), que manteve o entendimento de lesão à moralidade e, com isso, a suspensão liminar da decisão de primeira instância. A própria AGU, provocou o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A egrégia corte, ao apreciar o recurso da parlamentar, entendeu não haver a referida lesão à moralidade e, deferindo a argumentação da AGU, disse também que a decisão vem causando "a interferência dramática no Poder Executivo Federal, provocando danos à gestão governamental, na medida em que coloca em risco o Ministério do Trabalho ao deixar a pasta sem comando, impedindo, via de consequência, a normal tramitação de importantes ações governamentais e sociais".

Depois de três pedidos negados, em instâncias inferiores, a AGU, então, conseguiu a liberação da nomeação de Cristiane, e foi o vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Humberto Martins, concedeu no dia 20 de janeiro de 2018, a decisão liminar permitindo a posse da deputada Cristiane Brasil no Ministério do Trabalho. Escreveu o ministro em sua respeitável decisão:

"Ocorre que em nosso ordenamento jurídico inexistente norma que vede a nomeação de qualquer cidadão para exercer o cargo de ministro do Trabalho em razão de ter sofrido condenação trabalhista. (...) Não é aceitável que decisões liminares suspendam atos de nomeação e de posse, sem clara comprovação de violação ao ordenamento jurídico"

²⁵ Ação Popular n. 001786- 77.2018.4.02.5102

Assim sendo, a contestação da AGU de que a condenação de Cristiane na justiça trabalhista não contraria o princípio da moralidade teve a eminente decisão favorável do Ministro Humberto Martins e a deputada voltou a contar com a possibilidade da nomeação ao cargo de ministra do trabalho. Assim que o presidente Michel Temer recebeu a decisão do STJ, foi marcada data e hora da solenidade de posse.

Contudo, não era o fim. Os mesmos advogados que vinham conseguindo barrar a nomeação de Cristiane nas instâncias inferiores, entraram com uma ação de Reclamação no STF. Na decisão cautelar da Reclamação²⁶ a ministra Cármen analisa que o pleito é exclusivamente da usurpação de competência da Presidência do STF pelo STJ, por se tratar de natureza constitucional, "concernente à moralidade administrativa, ao princípio da separação dos poderes e à competência privativa do Presidente da República para nomeação dos Ministros de Estado."

Conhecendo da Reclamação, a ministra passou a analisar o pedido feito pelos autores, que, no caso, era de atestar a competência do STF para julgar o caso. Ou seja, a Reclamação não pleiteava a apreciação da validade ou não da nomeação de Cristiane Brasil, mas tão somente questionar a decisão de Corte incompetente para conduzir o referido julgamento. "Não há como suprimir instâncias próprias do Poder Judiciário. Cada processo é submetido a julgamento na instância específica, não cabendo sequer aos órgãos superiores antecipar julgados ou atalhar os outros" anotou a ministra em sua decisão.

Considerando a natureza do caso eminentemente constitucional, ministra Cármen decide que:

"(...) defiro parcialmente a providência liminar para a suspensão do ato de posse até que, juntadas as informações, incluído o inteiro teor do ato reclamado, seja possível a análise dos pedidos formulados na presente reclamação, sem prejuízo de reexame desta decisão precária e urgente."

Afastando o que foi proferido pelo STJ, a liminar concedida faz com que as decisões das instâncias inferiores sejam as que devem ser referendadas e cumpridas, ou seja, fica suspensa a nomeação da deputada federal para o cargo de ministra de Estado.

5 - CONCLUSÕES

O Estado tem divisões estruturais para o exercício ordeiro de suas funções. A distinção de papéis dos diferentes Poderes se deve à própria necessidade contenção de abusos, indo além da mera divisão administrativa e funcional.

Na perspectiva abordada por este trabalho, buscou-se examinar a real possibilidade de atuação do Judiciário sem que este não protagonizasse um excesso. Assim sendo ficou visto a legitimidade de eventuais atuações de contenção entre os Poderes, mesmo que essa não seja a regra. Aliás, negar acolhimento para apreciação judicial em casos em que, aparentemente, extrapolam a noção restrita de direito, implicaria colocar o Estado num lugar de convivência com a antinomia.

²⁶ Número do processo: Rcl 29508 DF

Na acepção técnica do termo “ativismo judicial” (que de fato existe) deve ser feito controle para segurar decisões de cunho político em detrimento de julgamentos respaldados em aspectos legais. Mas restou concluído, nesse trabalho, que não é toda a intervenção judicial que deve ser tida como ativismo. Bem como o ativismo não deve ser confundido meramente com controle de constitucionalidade, vez que, neste trabalho, presamos por analisar o ativismo sob o espectro constitucional.

É extremamente possível que haja apreciação do Judiciário em matérias relacionadas precipuamente a outros Poderes, ou seja, no problema levantado pelo trabalho, há a possibilidade de exame judicial em atos públicos, inclusive quando estes são de prerrogativa exclusiva da autoridade máxima do executivo.

A finalidade de um ato administrativo - como visto no caso Lula - deve respeitar as premissas e nortes indicados pelo ordenamento jurídico. A Constituição estabelece que o interesse público deve sempre ser o foco; nunca deixando que interesses pessoais, privados, se sobreponham àqueles.

Considerando isto é que justifica-se a atuação judicial para afastar uma nomeação de competência exclusiva, por exemplo, já que, se esta estiver eivada de vícios, a única forma de ser contida é pela atuação judicial. Sem aventar confundir tal intervenção como ativismo e sim como a própria consolidação dos freios institucionais teóricos do Estado tripartite.

No caso da Cristiane Brasil, o que foi julgado era em relação à moralidade administrativa, ou seja, um teor subjetivo mas que, em caso concreto e diante de provas e fatos, pode-se chegar a uma decisão que, eventualmente, impeça o exercício cativo do Presidente de nomear segundo sua análise de conveniência.

A decisão do magistrado julgador não é nem o mais importante fator aqui observado. Ora, o juiz pode-se chegar a um ou outro convencimento. O que importa estabelecer é que há a possibilidade de atuação do Judiciário, ainda que excepcionalmente, em matérias de outros Poderes, e a nomeação de exclusiva pelo Presidente da República é um grande exemplo.

6 - REFERÊNCIAS

EDVÂNIA A. Nogueira Dourado; AUGUSTO, Natália Figueiroa; ROSA, Crishna Mirella de Andrade Correa. **Dos Três Poderes de Montesquieu à Atualidade e a Interferência do Poder Executivo no Legislativo no Âmbito Brasileiro**. Congresso Internacional de Historia - DOI:10.4025/5cih.pphuem.1809 - 2011.

MEZZOMO, Felipe. **A Importância Da Tripartição Dos Poderes No Estado Democrático De Direito Brasileiro**. Monografia final do Curso de Graduação em Direito TCC. UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. DCJS- Departamento de Jurídicas e Sociais.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudencia constitucional e política no STF pós-88**. CEBRAP nº 96, São Paulo, julho de 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial: nos limites entre reacionalidade política e decisão política.** Rev. Direito GV vol. 8 nº. 1 - São Paulo - Jan/Jun 2012

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo Judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira.** Revista Direitos Culturais. Vol. 7, nº 12, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas Públicas.** Revista de Direito Administrativo - FGV. Vol. 240, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).** Faculdade Direito Universidade de Coimbra, 2005 - HeinOnline.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, no 1, 2012, p.23-32.

BATISTA, Fernando Natal. **A Constituição como fonte de poder: breves apontamentos sobre o controle judicial da atividade política pela jurisdição constitucional.** Revista Direito Mackenzie 2017 | v. 11 | n. 2 | p. 209-227 | ISSN 23172622. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v11n2p209-227>

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos.** Editora Saraiva - 2010

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Controle Judicial dos Atos Administrativos.** Revista de direito administrativo, 1983 - bibliotecadigital.fgv.br