ATUAÇÃO JUDICIAL NO "JOGO POLÍTICO-ELEITORAL": FRONTEIRAS ENTRE O POLÍTICO E O JURÍDICO

Wagner Vinicius de Oliveira[*]

RESUMO

Esse artigo investiga os campos e as implicações da atuação judicial na definição do desenho institucional do "jogo político-eleitoral". Em virtude dessa temática percorre-se alguns aspectos das fronteiras entre o político e o jurídico. Busca-se, portanto, compreender qual seria o papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em especial, na definição do financiamento misto das campanhas eleitorais. Para tanto, a abordagem empírica analisa as advertências ou precauções da experiência estadunidense, no caso Bush *vs*. Gore, num "esforço aproximativo" com a ação direta de inconstitucionalidade - ADI n. 4.650/DF. Nesse sentido, conjuga-se a pesquisa empírica, na vertente qualitativa, com os objetivos teórico-exploratório incidindo numa metodologia mista. A hipótese de trabalho consiste em afirmar o papel moderado como potencialmente adequado para a atuação judicial nesse cenário, sob pena de ultrapassar e embaralhar as fronteiras entre o político e o jurídico. Isso, contudo, não representa inatividade judicial. Os resultados obtidos pela pesquisa, confirmam parcialmente a resposta apresentada além de permitirem concluir que a atuação judicial no ambiente testado produz resultados inesperados, daí reforçar uma atuação mais restrita.

PALAVRAS-CHAVE: Desenhos institucionais. Estado democrático de direito. Financiamento privado de campanha eleitoral. Jurisdição constitucional abusiva. Restrição judicial.

JUDICIAL ACTION OF THE "ELECTORAL-POLICY GAME": POLITICAL AND LEGAL BORDERS BETWEEN

ABSTRACT

In this article, we investigate the fields and implications of judicial action in defining the institutional design of the "electoral-political game". By virtue of this thematic, we go through some aspects of the

[*] Professor de direito da Faculdade do Norte de Mato Grosso - AJES, doutorando em direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ, mestrado em direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU (2018), ambos com bolsa de pesquisa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (2017-2018; 2019-2023), bacharelado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado (OAB/MG).

boundaries between the political and the legal. We seek, therefore, to understand what would be the role of the judiciary, in general, and the *Supremo Tribunal Federal*, in particular, in defining the mixed financing of electoral campaigns. To this end, the empirical approach analyzes the warnings or precautions of the American experience, in the case of Bush *vs*. Gore, in an "approximate effort" with the *ação direta de inconstitucionalidade* - ADI n. 4.650/DF. In this sense, we combine a mixed methodology between the empirical research, in the qualitative aspect and the objectives theoretical and exploratory. The working hypothesis consists in affirming the moderate role as potentially adequate for judicial action in this scenario, under penalty of overcoming and blurring the boundaries between the political and the legal. This, however, does not represent judicial inactivity. The results obtained by the research partially confirm the answer presented and allow concluding that the judicial action in the tested environment produces unexpected results, hence reinforcing a more restricted performance.

KEYWORDS: Institutional designs. Democratic State of law. Private financing of election campaign. Abusive judicial review. Judicial restriction.

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo aborda a intervenção judicial na definição das regras do "jogo político-eleitoral". Tecnicamente essa locução pretende significar a mediação realizada pelas decisões judiciais que, de alguma maneira, definem ou redefinem as regras para os procedimentos democráticos de escolha política das representantes e dos representantes do povo.

Isso reclama observar essa relação sob dois pontos de vista distintos. Primeiro, pela separação funcional dos poderes e, também, sob o ponto de vista do desenho institucional ou da "engenharia constitucional de um país" (CERQUEIRA NETO; SALGADO, 2016). O objeto investigativo permanecerá circunscrito à definição das regras do processo político-eleitoral determinadas pela atuação prática da jurisdição constitucional.

Tem-se, portanto, uma relação conflituosa cuja natureza fática e jurídica da matéria analisada inevitavelmente coloca questionamentos sobre a atuação do Judiciário; quer dizer, uma decisão judicial que defere um pedido para uma parte,

automaticamente, indefere para a outra. Precisamente, o foco das análises recairá sobre a atuação das "cortes constitucionais" na definição do "jogo político-eleitoral".

No jogo (*ludus*), a ilusão (*illusio*) é parte inerente da própria dinâmica, quer dizer, as participantes e os participantes acreditam que vale a pena jogar de acordo com as regras de um jogo social. Nesse contexto, a ideia de interesse adquire o sentido de "estar dentro" ou de fazer parte, que implica reconhecer num só tempo o jogo e suas jogadoras e seus jogadores (BOURDIEU, 1994, p. 276).

Diante da amplitude do campo investigativo, delimita-se o ambiente pesquisável pela compreensão do papel desempenhado pelo Judiciário, em geral, e pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em especial, na definição do financiamento misto para as campanhas eleitorais. Face a problematização apresentada, a resposta provisória que se submete ao processo de testagem consiste em fundamentar uma atuação judicial contida em relação as outras instituições estatais e sociais.

Isso, contudo, não representa completa inatividade judicial, sob pena de ultrapassar e embaralhar as fronteiras entre o político e o jurídico. No entanto, é sabido que nesse espaço nem todo tipo de participação ou de intervenção apresenta resultados satisfatórios. Cabe contextualizar a experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*Supreme Court of the United States*) no caso Bush *vs*. Gore, 531 U.S. 98 (2000), cuja controversa atuação da jurisdição constitucional (*judicial review*) proporcionou classificações negativas e positivas.

Busca-se realizar uma espécie de "esforço aproximativo" com a atuação do STF na ação direta de inconstitucionalidade – ADI n. 4.650/DF (2015), ação judicial na qual se declarou a inconstitucionalidade do financiamento das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas privadas. No caso brasileiro, tem-se uma atuação judicial mais restrita ou contida e, por isso, potencialmente acertada.

Num primeiro momento, tem-se duas decisões aparentemente distintas e sem qualquer ponto de contato; a primeira de índole subjetiva e a segunda de caráter objetivo, porém ambas apresentam significativo impacto político. Cada qual possuí traços distintivos que precisam ser levados em consideração: uma eleição específica e uma regra geral, em termos de afetação do "jogo político-eleitoral";

o caso estadunidense diz respeito à candidatos específicos, ao passo que a decisão brasileira afeta as candidatas e os candidatos a todos os cargos políticos eletivos.

Definitivamente, a proposta desse artigo não reside no estudo de precedente comparado, cujos "transplantes" (PERJU, 2012, p. 1.161-1.183) ou a "utilização do direito estrangeiro" (HALMAI, 2012, p. 1.184-1.203) observam princípios específicos. Assim, o caso estadunidense será utilizado com o intuito de ilustrar uma atuação judicial invasiva, ou seja, um ponto de vista.

O STF ao estabelecer diálogos e compartilhar as decisões com "outros poderes" e com a sociedade civil adota uma postura moderada, cuja consequência direta é a não definição judicial sobre os critérios para a doação financeira de pessoas naturais e autofinanciamento de campanhas eleitorais. A consequência indireta foi o aumento da verba destinada ao fundo partidário que configura vantagem para as detentoras e os detentores de cargo eletivo.

Antes, porém, fornece-se algumas justificativas prévias para a aproximação pretendida. Em que pese contarem com sistemas políticos e jurídicos distintos, os Estados Unidos da América e a República Federativa do Brasil são dois países situados nos paradigmas federalista e presidencialista, além de possuírem um modelo de revisão judicial forte (*strong judicial review*) e optarem pelo financiamento misto para as campanhas eleitorais.

Em ambos os julgados a matéria eleitoral e constitucional foram objeto de investigação e de algum modo tangenciaram o argumento da separação ou da divisão funcional dos poderes e foram decisões majoritárias ou não unânimes (5 x 4, no primeiro caso e 8 x 3, no segundo caso), cujas consequências são igualmente relevantes.

Mas, porque Bush *vs*. Gore e não outro caso? A exemplo do *Citizens United vs*. *Federal Election Comission* proferido pela Suprema Corte, 558 U.S. 310 (2010), que ampara a doação à companhas eleitorais por pessoas jurídicas privadas, com fundamento na liberdade de expressão. Inclusive, trata-se de um caso mais recente e citado na própria ADI (BRASIL, 2015, p. 52).

Duas são as razões apresentadas para justificar a opção metodológica realizada. Primeiro, porque a discussão sobre a liberdade de expressão das empresas privadas retira o foco da

atuação judicial; segundo, porque a repercussão do primeiro caso foi mais expressiva e significativa para os fins perseguidos nesse artigo.

A abordagem metodológica conjuga a vertente qualitativa de pesquisa empírica com o objetivo exploratório. Envolve, portanto, uma investigação empírica realizada com base nos julgados mencionados seguida de um estudo teórico-bibliográfico acerca das estruturas da separação orgânica e do controle das funções estatais nas suas instituições correspondentes.

De início, a investigação envereda no caso estadunidense com a análise dos reflexos da atuação judicial no cenário político da época e, posteriormente, atém-se à contextualização do caso brasileiro. Afirma-se que nas questões envolvendo a definição das regras do "jogo político-eleitoral", a atuação judicial menos invasiva é potencialmente adequada para fins de harmonização da separação funcional dos poderes.

Em seguida, no terceiro tópico, focalizam-se algumas modificações nas estruturas teóricas da separação funcional dos poderes. Diante disso, busca-se compreender, no quarto tópico, a limitação do exercício do poder estatal pelas instituições jurídicas e políticas como forma de reforço argumentativo da premissa apresentada. Por último, serão apresentadas as considerações finais.

Os resultados obtidos confirmam parcialmente a resposta inicial apresentada no sentido de conjugar uma postura judicial deferente em relação as instituições estatais e sociais, com as diretrizes para o agir democrático dentro do Estado de direito fornecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88.

A proposta final consiste em repensar as instituições e os processos decisórios em termos de acomodação democrática, sem incidir no lugar comum do papel decisório centralizado no Judiciário. Por essa razão, o foco recai sobre o funcionamento das estruturas institucionais do Judiciário e não necessariamente sobre o conteúdo das decisões judiciais analisadas.

2 PELO MENOS DOIS MODOS DE INTERFERÊNCIA JUDICIAL NA DEFINIÇÃO DAS REGRAS DO "JOGO POLÍTICO-ELEITORAL"

No lugar da corriqueira estrutura adotada pelos artigos científicos, nacionais e estrangeiros, em que se apresenta primeiro os aspectos teóricos e depois os empíricos, fez-se a opção por inverter o habitual. Isso, porém, não significa que os mencionados aspetos possam ser trabalhados isolados ou separadamente.

Quando se elenca ao menos dois modos de interferência judicial na definição das regras do "jogo político-eleitoral" admite-se outras formas de atuação tanto judicial, quanto econômica, midiática, política, religiosa, social, tecnológica etc. Por razões de ordem cronológica, serão expostas a descrição seguida da reflexão do caso Bush *vs*. Gore e, na sequência, da ADI n. 4.650/DF.

Em linhas gerais, o que se pretende é compreender a atuação judicial nesse cenário, para entender em que condições se justificam tais decisões. Busca-se sobretudo destacar as características de uma atuação episódica e controversa, no caso estadunidense e de uma "postura particularista" no caso brasileiro (BRASIL, 2015, p. 03 e 40). Todavia, reconhecer a existência de questões específicas que encontram dificuldades de identificação no cenário brasileiro não afeta a linha argumentativa desenvolvida nesse artigo.

2.1 O que se infere do caso bush *vs*. gore?

Eleições diretas, periódicas e populares são o ponto alto das modernas democracias liberais do lado ocidental do mundo. Representam a dimensão coletiva dos direitos políticos individuais, cuja importância e complexidade aumentam na mesma proporção em que a abrangência e a influência do cargo eletivo protendido. A par disso, some-se o contexto nacional em que as eleições se desenvolvem.

A judicialização do "resultado" do pleito nas eleições presidenciais realizadas nos anos 2000 nos Estados Unidos da América reclama um cuidado adicional para a descrição do jurídico e do político. Para os fins pretendidos interessa pouco as peculiaridades do sistema eleitoral estadunidense propriamente dito.

Dentre as várias decisões judiciais realizadas nesse ambiente,

registra-se a decisão da Suprema Corte que suspendeu a recontagem dos votos no Estado da Florida, com fundamento de que a corte estadual ao ordenar a recontagem manual dos votos profere uma decisão inconstitucional por violar a cláusula de igual proteção (*Equal Protection Clause*) e o devido processo legal.

Para sumariar o caso, em 08/12/2000 a Suprema Corte da Flórida (*Supreme Court of Florida*) ordenou a inclusão da certificação de 215 votos na "Cidade" (*county*) de Palm Beach e de 168 votos na Cidade de Miami-Dade para o candidato a Presidente da República pelo partido democrata Albert Gore (UNITED STATES, 2000, p. 99).

O órgão competente estadual (*Florida Division of Elections*) informou que o candidato republicano Bush recebeu 2.909.135 votos e o candidato democrata Gore recebeu 2.907.351 votos. Diante de uma margem de vitória nas eleições primárias inferior a 1% (um por cento), precisamente 1.784 votos para o candidato Bush, foi determinada a recontagem por meio de máquina automatizada (*automatic machine*) do total de votos em Miami-Dade e Palm Beach (UNITED STATES, 2000, p. 100-101).

Ao estabelecer um novo padrão para resolver a contestação da eleição presidencial a Corte da Florida viola o artigo II, § 1, cl. 2 da Constituição dos Estados Unidos da América. Existem dúvidas acerca do processo de contagem eletrônica, especialmente quanto a distinção entre as cédulas anuladas, isto é, marcada para ambos os candidatos. É por isso que a maioria dos Juízes (*Justices*) da Suprema Corte entenderam pela existência de problemas constitucionais com a recontagem ordenada pela corte estadual (UNITED STATES, 2000, p. 111).

Na prática, essa decisão contempla mais a ideia de observância do federalismo estadunidense do que qualquer outra coisa. Reflete, também, o entendimento de que as cortes estaduais produzem pronunciamentos definitivos em relação aos Estados-membros (UNITED STATES, 2000, p. 112). O entendimento majoritário foi de que a interpretação da corte estadual do direito eleitoral da Florida violou o artigo segundo da Constituição Federal (UNITED STATES, 2000, p. 115).

Por certo, a Constituição (art. II, § 1, cl. 2) assegura aos Estados a responsabilidade principal de determinar a maneira de

seleção dos eleitores para o cargo presidencial (UNITED STATES, 2000, p. 123). Todavia, o resultado apresentado nesse caso, favorável a Bush e contrário a Gore, foi produzido pela rejeição de um número de votos válidos suficientes para modificar ou no mínimo colocar em dúvida o resultado das eleições presidenciais (UNITED STATES, 2000, p. 131). Sob o argumento de repartição de competências termina por menoscabar a regra fundamental de "uma pessoa, um voto" (*one people, one vote*).

Nesse sentido, se por um lado a interpretação do Código Eleitoral da Florida admite mais de um sentido para a recontagem dos votos, manual ou automático, por outro lado, a constituição autoriza a supervisão federal sobre o relacionamento entre cortes e legislaturas estaduais (UNITED STATES, 2000, p. 141).

A decisão estadual apresenta, no mínimo, três problemas: (*i*) a recontagem automatizada; (*ii*) nem todas as cidades foram incluídas na recontagem; (*iii*) ausência de um padrão específico para orientar a recontagem (UNITED STATES, 2000, p. 145). Por essas razões, torna-se insustentável, no entendimento da Suprema Corte.

Essa decisão não foi apenas um pronunciamento de "preferências políticas, mas a resposta à petição para revisar uma decisão particular de uma corte inferior" (FRIED, 2002, p. 11). Em que pese esses argumentos, vale acrescentar que as decisões judicias que incluem ou rejeitam um número de votos válidos capaz de colocar sob suspeita o resultado das eleições apresentam fundamento suficiente para sua contestação pública.

Porém, a mera descrição dos fatos é insuficiente para apresentar uma resposta a indagação proposta no subtítulo (*O que se infere do caso Bush vs. Gore*?). Isso porque, em todo caso, de uma maneira ou de outra, quando o Judiciário interfere nas questões relativas ao processo de escolhas políticas sua imagem e autoridade saem "arranhadas" (WHITTINGTON, 2007). E, isso ocorre não apenas em virtude das preferências pessoais das magistradas e dos magistrados, mas porque determinadas questões precisam ser decididas por outras instâncias (alocação de autoridade competente).

Cabe acrescentar que em matéria político-eleitoral, por mais que o conteúdo decisório esteja revestido de um espectro técnico jurídico e constitucional implica beneficiar determinado candidato em detrimento de outro, conforme visto no caso examinado. Não está

dito, com isso, que o Judiciário seja o local privilegiado para a tomada de decisões políticas fundamentais, menos ainda que precisa ser realizado de modo solipsista e autocrático.

Logo, independentemente do sentido adotado pela decisão da Suprema Corte o saldo final produzido por esse julgado consiste em identificar que sempre haverá margem para leituras partidárias da decisão judicial apresentada. Sem dúvida, acarreta alguma perda de legitimidade democrática ou de imparcialidade pela partidarização político-eleitoral dos sentidos e dos alcances da decisão judicial prolatada.

O ponto de reflexão constitucional consiste em qualificar como "abusiva" a alteração constitucional que produz um ordenamento jurídico-constitucional significativamente menos democrático do que era inicialmente (DIXON; LANDAU, 2019, p. 10). Além de revelar um espectro autoritário conduz à "erosão democrática" ao violar o núcleo mínimo das democracias ocidentais (DIXON; LANDAU, 2019).

A esse respeito, a teoria da jurisdição constitucional abusiva oferece um refinamento epistemológico ao subdividir em duas modalidades: uma versão "fraca" (*weak abusive judicial review*) e a outra versão "forte" (*strong abusive judicial review*). A primeira, ocorre quando cortes atualizam legislações ou atos do Executivo que indeterminam significativamente o núcleo mínimo democrático; a modalidade forte de jurisdição constitucional abusiva acontece pela remoção ou indeterminação das proteções democráticas (DIXON; LANDAU, 2019, p. 33).

Por certo, a Suprema Corte não pode ser chamada de autoritária, mas parece fora de dúvida que a decisão prolatada tangencia o campo antidemocrático. Apesar de existir margem para considerar como plausível e apoiada em fundamentos de "boa-fé prudencial, no desejo de resolver uma complicada crise política" (DIXON; LANDAU, 2019, p. 72-73), a decisão judicial apresentada permite o entendimento de uma decisão judicial abusiva em sentido forte, por retirar a transparência democrática da eleição presidencial (núcleo mínimo democrático).

Nesse sentido, afirma-se que a atuação judicial invasiva nem sempre é capaz de assegurar a higidez no processo de escolha eleitoral das representantes e dos representantes do povo. Além de se

aproximar indevidamente de questões político-eleitoral, fornece, do ponto de vista concreto, espaços para que decisões não orientadas pelo conteúdo jurídico-constitucional propriamente dito prevaleçam.

2.2 "Aproximações" com a ação direta de inconstitucionalidade - adi n. 4.650/df

A par das ideias trabalhadas na seção antecedente, no entanto, consciente da diferenciação entre os contextos social e jurídico, do decurso temporal e das peculiaridades que envolvem a decisão da Suprema Corte, sem precedentes na história política e constitucional estadunidense, propõe-se outro modelo de atuação judicial. Para tanto, reproduz a estratégia utilizada e realiza-se a descrição do caso julgado pelo STF em 17/09/2015.

Transcorridos exatos quatorze anos, nove meses, uma semana e dois dias entre as duas decisões judiciais, o funcionamento do processo político-eleitoral reaparece na instância judicial. A questão constitucional foi apreciada por meio do controle concentrado de constitucionalidade em ação judicial proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, ação direta de inconstitucionalidade – ADI n. 4.650/DF, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, em face do Presidente da República e do Congresso Nacional.

A ação judicial questionou o modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais e os critérios de doações financeiras para as pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelas candidatas e pelos candidatos. Ao final, formulou pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto que foi julgado parcialmente procedente pela maioria das Ministras e dos Ministros do STF.

Especificamente, questionou os artigos 23, § 1º, incisos I e II; 24; e 81, *caput* e § 1º, da Lei n. 9.504/1997, que estabelecem normas para as eleições. E os artigos 31; 38, inciso III; 39, *caput* e § 5º, da Lei n. 9.096/1995, que dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da CRFB/88, conhecida também como Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

O que está em jogo, basicamente, foi a capacidade das razões auto interessadas dos agentes políticos para estabelecer parâmetros

infraconstitucionais compatíveis com a Constituição da República de 1988 para o financiamento privado das campanhas eleitorais. Ante a insuficiência dos parâmetros legislativos fixados pelo Congresso Nacional, instalou-se a "plutocratização" do processo político, isto é, a captura econômica do processo eleitoral pelo financiamento de empresas privadas com finalidades lucrativas.

Antes de adensar o conteúdo decisório, cabe destacar a autodenominada "postura mais expansiva e particularista por parte do STF, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas" (BRASIL, 2015, p. 03 e 40). Tal posicionamento condensa a atuação judicial diferenciada com propósitos participativos institucionais e sociais envolvendo tanto questões procedimentais, quanto questões decisórias.

Os procedimentos adotados pelo STF contemplam uma postura potencialmente inclusiva e por isso, menos invasiva. Mesmo porque, não existe uma única "instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão" (BRASIL, 2015, p. 04).

Para fortalecer os canais de diálogo com o Legislativo, o Executivo e as entidades da sociedade civil, o STF contou com a participação direta de seis *amici curiae*[1] selecionados e a convocação de uma audiência pública,[2] conforme alega o relator, também foi possível "auscultar o sentimento de parte da sociedade civil organizada" (BRASIL, 2015, p. 20). Se esses mecanismos alcançam ou não esse objetivo é tema para investigações futuras, mas, por certo, são decisões que provocam ressonâncias no objeto pesquisado.

Ademais, os votos das Ministras e dos Ministros do STF, de algum modo, refletem a "opinião pública", veiculada por jornais nacionais (segundo artigo veiculado no *site* G1, em 02/09/2013

[1] A saber: (*i*) Secretaria Executiva do Comitê Nacional do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral - SE-MCCE; (*ii*) Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; (*iii*) Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; (*iv*) Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; (*v*) Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais – IPDMS; (*vi*) Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos (BRASIL, 2015).

[2] Realizada nos dias 17 e 24 de julho de 2013, com a participação de 30 expositores entre cientistas políticos, juristas, membros da classe política (BRASIL, 2015).

(BRASIL, 2015, p. 99)), internacionais (*The Economist*), televisão, dentre outros exemplos (BRASIL, 2015, p. 106). Conforme sistematizado na tabela 01 infra:

Tabela 1: Mecanismos de participação social na ADI n. 4.650/DF

Modalidade	**Quantitativo**	**Menção expressa no acórdão**
Amici curiae	06	Sim
Audiência pública	01	Sim
Opinião pública	03	Sim

Fonte: elaborado pelo autor com dados extraídos do sítio eletrônico do STF.

Muito embora tais instrumentos sejam identificáveis textualmente no acórdão, ressalta-se que, embora eficaz a citação direta não é o único método de mensuração da participação social. Mesmo porque, é provável que a "menção expressa" ocorrera de forma estratégica, descontextualizada ou como argumento de autoridade ou ainda na qualidade de viés confirmatório de um posicionamento pessoal daquela ou daquele que o apresenta. Há também outras formas de participação e de pressão social que ocorrem extraprocessualmente.

Quanto aos aspectos decisórios, percebe-se que o pronunciamento do STF não encerra o debate constitucional em sentido amplo, ao contrário, por intermédio dos diálogos institucionais ou interistitucionais busca-se construir uma "última palavra provisória" (MENDES, 2011). Isto é, a decisão judicial capaz de vincular formalmente as partes do processo judicial e finalizar uma rodada deliberativa acerca da temática, sem fossilizar o conteúdo constitucional (BRASIL, 2015, p. 04).

As Presidências da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal defenderam a constitucionalidade das disposições impugnadas. Até mesmo, a Advocacia Geral da União, na qualidade de defensora do ordenamento jurídico, pugnou pela improcedência dos pedidos (juridicamente impossíveis), por contrariarem a "separação de poderes" (BRASIL, 2015, p. 18). Por outro lado, o Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pela procedência dos pedidos veiculados na ação direta (BRASIL, 2015, p. 20).

Para além das questões normativas, alguns dados empíricos fornecem as dimensões das questões subjacentes ao financiamento

misto. No Brasil, 0,89% de toda a riqueza gerada no país se presta a financiar candidaturas a cargos representativos; cifra que ultrapassa, inclusive, os Estados Unidos da América, em que 0,38% do produto interno bruto – PIB vai para as campanhas eleitorais (BRASIL, 2015, p. 25).

Entre 2002 e 2012 registrou-se um aumento de 471%, sem qualquer "justificativa razoável para essa expansão volumosa dos gastos com campanhas" (BRASIL, 2015, p. 25). Nas eleições gerais de 2010, por exemplo, a vitória de um deputado federal custou, em média, R$ 1,1 milhão, ao passo que a de um senador R$ 4,5 milhões. Para se tornar Governador, em média se gastaram R$ 23,1 milhões. Uma campanha presidencial pode amealhar mais de R$ 300 milhões (BRASIL, 2015, p. 25).

É também pelo suporte empírico que se consegue chegar aos "doadores" para campanhas das candidatas e dos candidatos com chances efetivas de vitória nas urnas eleitorais. Em 2010, foram "construtoras, bancos e indústria [que] contribuíram com aproximadamente 22% do total arrecadado" (BRASIL, 2015, p. 50).

No geral, as "doações" mais expressivas advém de construtora, incorporadora, engenharia e empreendimentos, agropecuária, agroindústria e fertilizantes, banco, investimentos, consórcio e seguradoras, administração, serviços e *telemarketing*, indústrias e tecnologia, saúde, saneamento e meio ambiente, alimentos e bebidas, energia, petróleo e gás, comércio (BRASIL, 2015, p. 101).

Assim, por maioria e nos termos do voto do relator, foi julgado parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas privadas às campanhas eleitorais. Votos vencidos, em menor extensão, dos Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que interpretavam conforme à constituição (BRASIL, 2015, p. 350).

Já, com relação a doação das pessoas naturais, as contribuições financeiras permanecem reguladas pela legislação em vigor, ou seja, dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição. A resposta provisória oferecida para a questão do financiamento privado aos pleitos eleitorais por parte das empresas privadas, além de não interferir diretamente nas escolhas das cidadãs

e dos cidadãos, contou com relativa deferência ao legislador nacional, uma vez que não fixou os valores *per capta* para as "doações" das pessoas naturais. Isso, confirma, em parte, a hipótese inicial apresentada.

Porém, é necessário mais do que isso para afirmar que com essa fórmula, o "Judiciário conseguiu se tornar verdadeiramente um guardião das regras do jogo democrático" (BRASIL, 2015, p. 122), dentro de um conjunto de decisões do STF envolvendo as regras do "jogo político-eleitoral" cabe a necessária contextualização.

Em 2006, o STF derrubou a "cláusula de desempenho", que pretendia impedir a hiperfragmentação do sistema partidário brasileiro e as novas regras de fidelidade partidária, associadas aos benefícios do fundo partidário e tempo gratuito de rádio e televisão, terminaram por representar incentivo para a criação de novos partidos políticos (VIEIRA, 2018, p. 21).

Ao retirar determinadas regras do ordenamento jurídico carretou impactos para o cenário democrático brasileiro. Pois, a decisão de proibir doações empresariais levou o Congresso Nacional a aprovar uma ampliação dos recursos públicos a serem transferidos para os partidos, aumentando o peso dos líderes e "caciques partidários" responsáveis pela distribuição dos recursos na formação das chapas eleitorais (VIEIRA, 2018, p. 156).

Tais atuações guardam correspondência com a decisão mais recente para assegurar que o Congresso Nacional discipline a doação por pessoas naturais e o autofinanciamento de campanhas eleitorais. Desse modo, uma decisão menos invasiva deixará espaços para que o Legislativo discipline a matéria. De acordo com as duas posturas ou modos de atuação judicial no "jogo político-eleitoral", nos próximos tópicos busca-se desenvolver os aspectos normativos ligados à separação funcional dos poderes.

3. (RE)ESTRUTURAÇÕES TEÓRICAS DA SEPARAÇÃO FUNCIONAL DOS PODERES

Chegou-se até aqui basicamente com duas considerações relevantes para o exame da situação problema pesquisada: primeiro, a possibilidade bastante presente de que o Judiciário seja instado para atuar na definição das regras do "jogo político-eleitoral"; segundo, se

assim o fizer, que seja no mínimo com uma "postura mais expansiva e particularista" (BRASIL, 2015).

Parte significativa do tema analisado remete à aposta instrumentalizadora de um sistema de repartição de competências estatais. No sistema brasileiro a divisão de competências comporta funções típicas e atípicas para as atividades de legislar, de administrar e de julgar, positivadas no art. 2º da CRFB/88. Isso, contudo, representa pouco acerca da atual compreensão da dinâmica "separação de poderes".

Desde os idos do Barão de Montesquieu sabe-se que a concentração de poderes numa única instituição é nociva para o exercício legítimo do poder. O conturbado contexto social da época influenciou o pensador francês, também o modelo inglês, para a elaboração de sua teoria de modo que qualquer das classes sociais (nobres, clérigos e aristocratas) não conseguissem reunir todo o exercício do poder estatal de maneira legítima.

Numa sociedade estratificada, a disputa pelo exercício e pelo controle político reclamava cada vez mais a concentração dos poderes nas mãos de poucas ou de apenas uma pessoa. Na prática, "a separação de poderes significou, principalmente nos Estados europeus de tradição monárquica, o imperativo de diminuição da autoridade real, com a sua submissão ao parlamento" (CYRINO, 2018, p. 71). Daí o caráter contra fático de sua teoria que acertadamente reclamava a "separação de poderes".

Décadas mais tarde, com a solidificação das instituições políticas e sociais foi preciso que, além de separados os poderes passassem a ser exercidos de modo que o desempenho de um pudesse controlar a atuação dos outros. Surge, então, a teoria dos freios e contrapesos (*check and balances*). Dentro desse cenário teórico, surge o departamentalismo de matriz madisoniana, também conhecido como "legalismo liberal" com abrangência transnacional ou simplesmente "legalismo liberal global" (POSNER; VERMEULE, 2010).

O texto constitucional estadunidense de 1787 ao estruturar as funções de legislar, de administrar e de julgar cada qual em um artigo específico, materializa a proposta dos federalistas (*The federalists*) Hamiltom, Jay e Madson para aprimorar "separação de poderes" concebendo a ideia de departametalismo.

Assim, essas funções deveriam permanecer separadas para que realizassem uma espécie de controle recíproco. O que há de comum entre essas narrativas é o fato de que persiste uma desconfiança sobre as autoridades que desempenham temporariamente o poder estatal. Segundo o artigo n. 78 dos *Federalists papers*,[3] caberia ao Judiciário o papel institucional mais proeminente para resguardar as opções políticas e sociais realizada pelos "fundadores".

De lá para cá muita coisa foi alterada, seja pela complexidade social dinâmica, seja pelos novos arranjos políticos; parece acertado supor que as relações de poder exigem uma flexibilidade que não pode ser encontrada ou simplesmente depositada na separação e no controle fixo no exercício dos poderes (desenhos institucionais).

As apostas controversas e inovadoras – como foi o caso do presidencialismo, do federalismo, do bicameralismo, embora esse último já estivesse presente na experiência histórica do constitucionalismo inglês – se transformaram ao longo do tempo. Agora, as inovações podem constituir parte do próprio problema que pretendiam solucionar.

A dimensão de legitimidade para o exercício dessas funções estatais adquire novos contornos, além da possibilidade de repartição e de controle nas funções estatais, as práticas institucionais precisam estar socialmente apoiadas. Desafios econômicos, atuações de grupos de pressão, entre outros fatores contribuem para que esse quadro se alterasse radicalmente.

É por essa razão que se encontra em "extinção uma concepção ideal de separação de poderes" (ARGUELHES; PEREIRA, 2019, p. 103), por consequência, se exige um desenho institucional que dificulte a concentração excessiva de poder, mas também a autoridade compartilhada para decidir determinadas questões.

Desde sua origem, ocorre o entrelaçamento entre as questões jurídicas e políticas. Embora não sejam conceitos sem qualquer relação entre si, não são, por certo, sinônimos; assim como também não estão completamente apartados. O ponto de tensionamento nada mais é do que a indevida interferência de um ator institucional sobre o outro travestida sob os signos de separação ou de controle.

[3] Cf. A further view of the judicial department, in relation to the distribution of its authority – May 28, 1788 (HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 411-419).

Por outros termos, o embaralhamento dessas fronteiras, que não são fixas ou definitivas, ocorre principalmente quando, no exercício das funções típicas procura-se atingir fins diversos daqueles originalmente desenhados. Ackerman (2009), propôs uma "nova" separação de poderes baseada na supremacia do Executivo federal.

Essa sugestão teórica releva-se problemática devido ao sistema de indicação e nomeação para a composição instituições jurídicas como é o caso dos tribunais superiores, precedido pela aprovação do Legislativo. Embora realize, de certo modo, a separação orgânica e o controle dos poderes pode haver desequilíbrio nas relações de força entre os atores institucionais, resultando na exasperação dos poderes estatais no Executivo.

Ao indicar membros do Judiciário, o Executivo o faz guiado por critérios jurídico-constitucionais, previstos no próprio desenho institucional, mas também por critérios políticos. Isso, contudo, não implica necessariamente o alinhamento imediato e pragmático de atuação das magistradas e dos magistrados em plena conformidade com os programas de governo.

Para assegurar a independência, forjou-se um sistema de proteções e garantias. Isso inclui as imunidades, materiais ou formais, de cada cargo. Independência funcional como condição para o desempenho do controle recíproco. As prerrogativas ou inviolabilidades parlamentares e as garantias judiciais formam um complexo desenho institucional de freios e contrapesos com fundamento jurídico de validade no texto constitucional brasileiro de 1988 e na tradição de que "cada poder deve dispor de meios constitucionais para resistir a invasões por parte dos outros" (ARGUELHES; PEREIRA, 2019, p. 110).

À exemplo, da irresponsabilidade penal e cível por opiniões palavras e votos quando do exercício da atividade parlamentar, o foro diferenciado por prerrogativa de função, a sustação da ação penal em curso por crime cometido após a diplomação, o recolhimento a prisão após o trânsito em julgado da sentença condenatória, entre outras. Já para a atividade judicante, a vitaliciedade, a irredutibilidade nominal dos vencimentos, a vedação de filiação partidária, a prerrogativa de foro funcional, entre outros exemplos possíveis.

Por outro lado, não se dissocia, por completo, uma certa deferência política, tanto de um, quanto do outro, traduzida por critérios técnico-jurídico ou conveniência e oportunidade. Porém, tal estudo comportamental escapa dos objetivos traçados para esse artigo.

No competitivo ambiente democrático existe lugar reservado para uma certa dose de desconfiança entre as instituições e, também, um certo equilíbrio em termos de vigor ou força institucional. Não se justifica, sobretudo no contexto latino-americano demarcado pela proeminência do Executivo, maior incremento de uma função estatal; de outra sorte, tais funções desempenham uma espécie de "ponto de equilíbrio" entre o vigor e a deferência. Pelo menos, em condições ideais.

Conforme já se disse, esse artigo ressalta a atuação judicial que potencialmente definiriam as regras político-eleitoral. Por certo, esse jogo, em algumas situações precisa ser intermediado pela delimitação jurídica. Sem, contudo, cogitar a substituição das regras de escolha - mediante voto direto e popular - pelas decisões judiciais. Parte significativa do problema é quando a vontade popular, manifestada por meio das instituições, sofre indevida limitação ou desconsideração.

No caso brasileiro, a Justiça Eleitoral constitui uma realidade, sem correspondência no caso estadunidense, que recebe incentivos estruturais para estabelecer diretrizes, sem, no entanto, fazer parte do jogo. Constitui peculiaridade até mesmo em relação ao próprio Judiciário brasileiro, por ser uma justiça especializada composta, em parte, por magistradas e por magistrados que assumem mandatos fixos e que não compõem os quadros tradicionais da estrutura judicial.

As fronteiras são novamente embaralhadas quando mesmo separados organicamente esses atores institucionais terminam por se confundirem sob o argumento de exercício de controle. No final das contas, quer se com isso colocar em xeque as habilidades de isenção político-eleitoral, ainda que momentânea, dos agentes judiciais que atuam em nome da instituição judicial.

Discorda-se, portanto, da "visão imposta pelo Tribunal de um direito constitucional que a tudo abrange, e no qual os juízes são os únicos *experts* autorizados" (ARGUELHES; PEREIRA, 2019, p. 119). Singularidades no processo decisório permitem sustentar que

não há "escolhas apolíticas" (ROSE-ACKERMAN, 2012, p. 601), assim como não ocorrem escolhas desinteressadas, fora da dimensão simbólica, conforme visto na parte introdutória desse artigo.

"Separação de poderes" é tema geralmente contraposto à jurisdição constitucional que se desenvolve mediante relações paradoxais. Por mais que no caso Bush vs. Gore tenha se encaminhado por meio do controle difuso, realizado diante de um caso concreto e, no segundo caso, o controle objetivo de lei em tese, não se afirma, com toda certeza, a inexistência ou a anulação de determinadas preferências político-eleitorais manifestadas pelo código binário constitucional/inconstitucional.

Na tentativa de minimizar os efeitos dessas preferências na definição do "jogo político-eleitoral" é que se aposta numa espécie de atuação mais contida do Judiciário. Certo, porém que isso não representa anulação ou vedação de que o Judiciário possa enfrentar lesão ou ameaça aos direitos e as garantias fundamentais em matéria político-eleitoral.

Em determinadas circunstâncias, a depender do caso concreto, é necessário que o Judiciário se posicione em relação a matéria eleitoral de maneira criteriosa e fundamentada. Antes, porém, deve-se apresentar justificativas para a intervenção judicial no "jogo político-eleitoral". No entanto, há que ser desenvolvido de forma integrada com as outras instituições sociais e estatais e com baixo grau de invasividade, no intuito de assegurar que as participações de outros atores institucionais sejam realizadas com a observância dos valores da soberania popular.[4]

A implicação direita que daí se extrai, assim como os riscos que daí advém, consiste em assegurar um grau relativo de liberdade para que os atores políticos delimitem regras válidas para as escolhas políticas. Justificada, porém a intervenção judicial no que concerne a limitação de distorções a exemplo do abuso do poder econômico.

Cabe considerar que não compete a definição judicial, realizada por meio de critérios políticos, para fixar os valores de doações financeiras privadas para as campanhas eleitorais. Isso está alocado dentro da margem de discricionariedade do conjunto

[4] Positivada no parágrafo único do artigo primeiro da Constituição da República de 1988, a soberania popular revela-se como um ideal a ser perseguido.

daquelas e daqueles que se submeteram previamente ao crivo eleitoral, ressalvada a possibilidade de invalidação no caso de abuso.

Disso decorre as indefinições ou dificuldades apontadas para realizar a distinção entre o político e o jurídico, especialmente quanto à separação e ao controle no exercício do poder estatal. Isso porque a completa separação entre as instituições jurídicas e políticas, além de mera figura de linguagem, constitui campo propício para que equívocos sejam apresentados sob a forma de liberdade política.

Por outro extremo, o controle judicial invasivo supõe uma incapacidade das outras instâncias para a definição de questões fundamentais e implica o sufocamento do material político. Em termos de procedimentos eleitorais as linhas são tênues e móveis.

Assim, a legitimidade democrática, o Estado democrático de direito, o constitucionalismo, o controle social (opinião pública), o controle recíproco entre os poderes (controle jurisdicional), o Estado regulador e o controle político (presidencialismo) (CYRINO, 2018, p. 72-73), fornecem alguns dos elementos para a reestruturação teórica da separação funcional dos poderes.

4. A LIMITAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER PELAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E POLÍTICAS

Volta e meia o argumento da "separação de poderes" reaparece nas discussões sobre o exercício jurisdicional, em geral, e da jurisdição constitucional, em particular. A invocação desse argumento quase sempre representa uma tentativa ou auto tentativa para limitar a atuação judicial.

Vale dizer, destoa do quadro constitucional supor que o Judiciário sempre terá que se manifestar acerca das decisões políticas relevantes para a vida em sociedade. Assim, reduzir a agenda pública nacional a pauta de julgamentos judiciais. Em última análise, concebe o Judiciário como casa revisora ou bastião da sociedade, da moralidade, dos bons costumes etc.

Existem níveis de separação de competências e de independência institucional que se traduz por decisões ou escolhas políticas que o Judiciário não está autorizado a reverter ou inverter as escolhas realizadas. As eleições fornecem uma ilustração exemplar dessa afirmação. Tanto é assim, que a controversa eleição

estadunidense de 1876 foi resolvida pelo Congresso e não pela Suprema Corte.

Nas hipóteses sensíveis, determinadas pela natureza do conflito, poderá desenvolver em conjunto o papel episódico e temporário de controle judicial. Porém, outra coisa, bastante distinta é considerá-lo como órgão permanente para desempenhar essa função, que deve ser um empreendimento coletivo próprio da relação democrática entre as instituições sociais e estatais.

A dita reestruturação requer a compreensão de que a separação somente se justifica quando existe a possibilidade de efetivo exercício de controle de eventuais excessos ou abusos. Seria de pouca eficácia a mera separação funcional sem que houvesse a possibilidade de que as decisões adotadas por uma função estatal pudessem ser verificadas, confirmadas ou retiradas do ordenamento jurídico, conforme fosse o caso, por outra função.

Vale considerar que não consiste na defesa de respostas apenas políticas, tampouco apenas jurídicas. Em princípio, caberia as instâncias políticas definir quais seriam os parâmetros válidos para os procedimentos de escolha eleitoral. Subsidiariamente, nas hipóteses de abuso, especialmente de abuso do poder econômico, incumbe ao Judiciário o exercício de controle dessa discricionariedade.

Pois bem, a limitação do exercício do poder, estatal ou popular ocorre em virtude das diversas instituições no desempenho conjunto de seus distintos papeis. Essas instituições podem ser sociais ou estatais, jurídicas ou políticas. A premissa de que sempre haverá controle judicial, da mesma forma que sua afirmação contrária, é equivocada, desnecessária e perigosa.

Um dos ferramentais disponíveis consiste na "compreensão da independência dos poderes não é que eles exercitem de modo estanque, sem invadir o espaço alheio, mas, diversamente que o façam para controlar os demais poderes e aperfeiçoar os poderes constitucionalmente assegurados" (MOREIRA, 2013, p. 55). Provoca, portanto, insuperável tensão no exercício dos poderes estatais.

Mais do que um valor jurídico a "separação de poderes" reveste-se como um importante princípio político (WALDRON, 2013, p. 437). Pensar os meandros dessa relação exclusivamente

pelas lentes do Judiciário revela-se politicamente desgastante além de criar dificuldades para alcançar a legitimidade do exercício jurisdicional. Quer dizer, o discurso justificador para a parte sucumbente e para a sociedade em geral passa a ser manipulado por preferências (escolhas políticas) de atores que não se submeteram aos procedimentos previstos (sem assumir os custos políticos).

Se há algo que se pode extrair, para além dos casos particulares trabalhados nos itens anteriores, é que a liberdade de participação do "jogo político-eleitoral" encontra novas formas de limitação, pela vedação de doação financeira às campanhas eleitorais das pessoas jurídicas privadas. Na experiência brasileira, foi preciso que o STF realizasse essa limitação, sem, contudo, substituir outras opções legislativas.

Os diálogos desenvolvidos servem para demonstrar que a função de limitação do exercício do poder estatal pelas instituições jurídicas e políticas perpassa pela interpretação da interferência judicial na definição das regras do processo de escolha político-eleitoral. Nessa ordem de ideias, cabe ressaltar pelo menos dois estilos de atuação judicial: coordenação (*coordenating*) e redenção (*redemptive*).

No modelo de coordenação, enfatiza-se a virtude da prudência, ao passo que o segundo, invoca uma realidade viva da dinâmica social capaz de inaugurar um "novo começo" (ACKERMAN, 1997, p. 794-795). A segunda opção carrega consigo o desdobramento de uma atuação judicial mais invasiva cujas justificações desse conceito deveriam ser trazidas à tona nas decisões jurisdicionais. Em sociedades guiadas (ou potencialmente guiadas) pela pluralidade de perspectivas, de interpenetrações e de instâncias de cooperação os "sistemas de magistocracia" (CALABRESI, 2002, p. 80) são compreendidos como deturpações de um controle judicial que se revela excessivo, invasivo e abusivo.

De toda sorte, o constitucional não se reduz ao mero jogo de disputa de interesses eleitorais. Mesmo que o significado da constituição seja inescapavelmente político (SUNSTEIN, 2002, p. 183), isso é, possui consequências ou desdobramentos políticos enquanto parte necessária da interpretação constitucional, uma atuação judicial que sofreu contundente rechaço por parte da academia jurídica precisa, no mínimo, ser repensada.

Avanços democráticos e seus movimentos reversos são integrantes do percurso da democracia, que não é linear ou uniforme. Eleições, por exemplo, representam o entrelaçamento entre regras legais e normas políticas (POSNER; VERMEULE, 2010), que buscam disciplinar o "jogo político-eleitoral".

Nessa expectativa, o controle interinstitucional produz pontos de tensão cada vez mais presentes no desempenho das atividades estatais típicas. O confronto constitucional (*constitutional showdown*), isto é, os episódios de conflitos entre as instituições sobre a distribuição para tomadas de decisões sobre questões públicas (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 68) se faz cada vez mais presente.

Além dos embates institucionais, que guardam correspondência com o ambiente democrático, as mudanças constitucionais representam "forma especial de política" (POSNER; VERMEULE, 2010), as quais ocorrem em face de um conflito social. Autênticos "precedentes não jurisdicionais" revelam os paradoxos do tempo presente: de um lado, integram a prática democrática, mas, por outro lado, acompanham as possibilidades de criação, em períodos de emergência ou de exceção de "zonas livre de direito" (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 98). Democracia, então, passa a ser colocada como uma questão de grau, enquanto empreendimento precário, não como um ponto de chegada fixo e determinado de antemão.

Isso demonstra influência de fatores contextuais na atividade de escolha popular e direta para a representação política. "Em princípio, é preciso aceitar a possibilidade de que as regras constitucionais sobre separação de poderes, competências e procedimentos, se corretamente interpretadas, impeçam determinados atores" (ARGUELHES; PEREIRA, 2019, p. 104). Nos contextos trabalhados representam tanto a exclusão de atores privados das campanhas políticas, realizado pelo STF, quanto a atuação moderada do Judiciário na definição das regras do "jogo político-eleitoral".

A prática decisória deve fazer referência à autoridade competente e legítima para prolatar determinada decisão. Isso convive com a experiência concreta e recente de responsividade institucional e social como características principais do perfil democrático. Preocupações conjuntas na tarefa de identificar

respostas potencialmente adequadas para o caso concreto precisam ser levadas em consideração pela hermenêutica constitucional.

De fato, o argumento de controle não se presta a "anular" as competências previamente estabelecidas. Pensar formas distintas de operação da separação funcional de tarefas estatais e dos controles previstos na constituição somente se justificam caso venham acompanhados de ganhos de institucionalidade e em termos de direitos e de garantias fundamentais.

Com base nisso, as mediações sobre "doações" financeiras privadas as campanhas eleitorais não precisam ser estabelecidas exclusivamente com base na Lei n. 9.504/97, sobretudo nos dispositivos que permitem "privilégios injustificáveis ao capital no processo eleitoral, em detrimento da representação da cidadania" (OSORIO; SARMENTO, 2014, p. 23).

Noutro giro, a decisão do STF ao declarar, implicitamente, a constitucionalidade da doação financeira realizada por pessoas naturais buscou "encorajar a participação cívica do cidadão nas eleições por meio de diminutas doações, o modelo oferece, portanto, uma possibilidade de revitalização da representação política e da democracia" (OSORIO; SARMENTO, 2014, p. 35). Sob a forma de deferência em relação à decisão política adotada pelo Congresso Nacional, permitir, ainda que potencialmente, a participação ativa das cidadãs e dos cidadãos no processo de fomento à determinadas candidatas e determinados candidatos.

Essa correlação torna-se empiricamente demonstrável ao considerar o Judiciário como mais um "protagonista da democracia", quando adequadamente argumenta com a sociedade (MOREIRA, 2013, p. 55). Para que seja possível uma observação final, "A interpretação constitucional não é um mero exercício de especulação intelectual, mas atividade prática, voltada ao equacionamento de questões socialmente relevantes num dado contexto sócio-político" (OSORIO; SARMENTO, 2014, p. 31).

Ao fim, recuperar que a limitação do exercício do poder estatal ocorre não apenas pela atuação das instituições jurídicas, mas é salutar ao processo democrático a atuação conjunta das instituições políticas e sociais. E, em termos de atuações invasivas e posturas centralizadoras o empoderamento judicial revela-se desgastante para sua imagem institucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista da situação problema exposta e dos materiais consultados, buscou-se delimitar a atuação potencialmente adequada para o Judiciário brasileiro, em geral, e para o Supremo Tribunal Federal, em particular, na busca pela definição das regras do "jogo político-eleitoral". Partiu-se da impossibilidade, salvo no plano simbólico, da prática de ações desinteressadas e, ao contrário, chegou-se à possibilidade de um espaço propício para a manifestação de razões auto interessadas.

No processo de testagem, empírico e teórico, submeteu-se a atuação mais moderada, por parte das magistradas e dos magistrados, enquanto potencialmente mais adequada para o ambiente democrático, como resposta provisória. O percurso argumentativo enveredou pelo exemplo estadunidense (Bush *vs*. Gore) de uma atuação judicial incisiva, ao passo que o caso brasileiro ilustrou uma postura judicial mais contida.

Sugere-se a conclusão, não sem críticas, de que a atuação judicial nesse campo deve permanecer secundária ou menos invasiva, isso porque, ao deferir o requerimento de uma candidata ou de um candidato, implicitamente, indefere para outrem. A situação inversa também é verdadeira.

Para além das concordâncias e das discordâncias pessoais (políticas) com a decisão prolatada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, o que se verificou foi a interferência (suspensão da recontagem de votos) num procedimento que, em tese, poderia apresentar um resultado eleitoral diferente. Para se fazer coerente com a premissa adotada nesse artigo, igualmente seria questionável a interpretação que beneficiasse injustificadamente o outro candidato.

Igualmente controversos são os mecanismos para a recontagem de votos, o prazo para o término desse procedimento, dentre outros fatores que violassem a garantia fundamental do devido processo. Tais fatores precisam ser levados em consideração. Ao cabo, a parte sucumbente tanto no processo eleitoral, quanto no processo judicial foi a transparência democrática.

Quanto à ADI n. 4.650/DF, viu-se que no questionamento em relação ao modelo de financiamento privado de campanhas eleitorais ao permitir a doação por parte de pessoas jurídicas de direito privado

(com finalidade lucrativa), as Ministras e os Ministros do STF adotaram uma postura "mais participativa", para declarar a lei inconstitucional e retirar do ordenamento jurídico o aludido dispositivo legal.

Ao apresentar uma postura mais restrita no que concerne a decisão político legislativa de permissão de doações financeiras das pessoas naturais, bem como do autofinanciamento de campanha eleitoral. Indiretamente essa decisão acarretou no aumento das verbas públicas para esta finalidade. Isso serve para comprovar as complexidades que a matéria apresenta.

Desse modo, é possível identificar uma espécie de reestruturação teórica no que toca à separação funcional dos poderes. Teoria que, desde sua origem no antigo continente europeu, passando pelos incrementos teóricos do departamentalismo estadunidense, assumiu diversos contornos. Com razão, vê-se que a "separação" e o controle não ocorrem da mesma maneira como foram inicialmente pensadas.

Novos desafios, dentre os quais estão o entrecruzamento entre o direito e a política, são alguns dos motivos que fizeram com que essa teoria passasse pela sobredita reestruturação. Pois, não é possível exercer qualquer forma de controle se os poderes estiverem completamente separados ou concentrados.

Tem-se, portanto, alguma forma de relativização nas teorias de separação e de controle. Igualmente, afirma-se que as tarefas de controle não precisam ser desempenhadas com exclusividade pelo Judiciário. Abrem-se novos caminhos para que outras instâncias de poder estatal e sociais participem na tarefa de estabelecer regras para o "jogo político-eleitoral" pela via da interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*, Virginia, vol. 83, 1997, p. 771-797.

ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. Separação de poderes como alocação de autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro? In: LEAL, Fernando. (Coord.). *Constitucionalismo de realidade*: democracia, direitos e instituições. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 103-124.

BOURDIEU, Pierre. *Raisons pratiques*: sur la théorie de l'action. Paris: Seuil, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF. Relator Luiz Fux. Plenário. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 set. 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 05 set. 2019.

CALABRESI, Guido. In partial (but not partisan) praise of principle. In: ACKERMAN, Bruce. (Ed.). *Bush vs. Gore*: the question of legitimacy. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 67-83.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de; SALGADO, Eneida Desiree. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. *Revista de direitos fundamentais e democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, jan./jun. 2016, p. 114-130.

CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. Abusive judicial review: courts against democracy. *Davis Law Review*, Davis, n. 53, 2019, p. 01-75.

FRIED, Charles. An unreasonable reaction to a reasonable decision. In: ACKERMAN, Bruce. (Ed.). *Bush vs. Gore*: the question of legitimacy. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 03-19.

HALMAI, Gábor. The use of foreign law in constitutional interpretation. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Eds.). *The oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1.184-1.203.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist*. Edited with introduction and historical commentary by J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Direito, desenvolvimento, justiça. Série: produção científica).

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

OSORIO, Aline; SARMENTO, Daniel. Eleições, dinheiro e democracia: a ADI 4.650 e o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 08, n. 26, jan./mar. 2014, p. 15-38.

PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing, and migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Eds.). *The oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1.161-1.183.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The executive unbound*: after the Madisonian republic. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The regulatory State. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Eds.). *The oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 598-611.

SUNSTEIN, Cass R. Does the constitution enact the republican party platform? Beyond Bush v. Gore. In: ACKERMAN, Bruce. (Ed.). *Bush vs. Gore*: the question of legitimacy. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 177-191.

UNITED STATES. Supreme Court. *George W. Bush and Richard Cheney v. Albert Gore, Jr., et. al*. 531 U. S. 98. US Supreme Court. Bush x Gore, December 09, 2000. Available in: <https://www.supremecourt.gov>. Access in: 05 Sep. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WALDRON, Jeremy. Separation of powers in thought and practice? *Boston College Law Review*, Boston, vol. 54, n. 433, 2013, p. 433-468.

WHITTINGTON, Keith. *Political foundations of judicial supremacy*: the Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history. Princeton: Princeton University Press, 2007.