

INSTITUIÇÕES, HISTÓRIA E PODER: O TSE SOB A ÓTICA DO INSTITUCIONALISMO HISTÓRICO

INSTITUTIONS, HISTORY AND POWER: THE TSE FROM THE PERSPECTIVE OF
HISTORICAL INSTITUTIONALISM

Elimar de Aguiar Franco¹

Cleber de Deus Pereira da Silva²

Resumo:

Este estudo analisa o papel da Justiça Eleitoral brasileira, com foco em seu órgão maior, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), sob a ótica do institucionalismo histórico e da dependência da trajetória (*path dependence*). O tema central é entender como as origens institucionais e históricas do TSE moldaram seu atual protagonismo no cenário político nacional. A pesquisa faz-se por meio de uma abordagem qualitativa, com base em análise de decisões judiciais, resoluções do TSE, legislação eleitoral e literatura teórica sobre institucionalismo histórico e judicialização da política. A metodologia abrange o estudo de casos paradigmáticos que demonstram a atuação do TSE avançando para além de suas funções técnico-administrativas, como, por exemplo, as decisões sobre abuso de poder, *fake news* e financiamento eleitoral. Nesta toada, os resultados apontam que a arquitetura e composição do TSE, marcadas pela ingerência do Supremo Tribunal Federal (STF) desde sua criação em 1932, constituem um exemplo importante de dependência da trajetória, na medida em que o desenho institucional herdado e reforçado pela Constituição de 1988 direcionou a sua evolução e condicionou suas práticas decisórias. Ademais, essa trajetória explica a consolidação de um ativismo judicial crescente, através do qual o TSE tem assumido protagonismo na regulação do processo eleitoral e na defesa da integridade democrática. A análise conclui que, muito embora o ativismo judicial do TSE tenha contribuído para o fortalecimento da democracia em momentos tidos como críticos, ele também sugere desafios

¹ Mestrando pelo programa de Mestrado em Direito; Instituição: Universidade Federal do Piauí (UFPI); Endereço: Teresina -Piauí, Brasil; E-mail: elimar.franco@ufpi.edu.br; Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-6148-9108>

² Doutor em Ciência Política pelo Ibero-Amerikanisches Institut – Berlin, Alemanha; Instituição: Universidade Federal do Piauí (UFPI); Endereço: Teresina -Piauí, Brasil; E-mail: dideus@ufpi.edu.br; Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-8793-5006>

quanto aos limites de atuação do Judiciário como também ao equilíbrio entre os poderes, especialmente em um cenário de acentuada polarização política.

Palavras-chave: Justiça eleitoral. Ativismo judicial. Governança democrática. Processo eleitoral. Polarização política. Institucionalismo histórico.

Abstract:

This study analyzes the role of the Brazilian Electoral Court, focusing on its highest body, the Superior Electoral Court (TSE), from the perspective of historical institutionalism and path dependence. The central theme is to understand how the TSE's institutional and historical origins shaped its current prominence in the national political landscape. The research uses a qualitative approach, based on an analysis of court decisions, TSE resolutions, electoral legislation, and theoretical literature on historical institutionalism and the judicialization of politics. The methodology encompasses the study of paradigmatic cases that demonstrate the TSE's role beyond its technical-administrative functions, such as decisions on abuse of power, fake news, and electoral financing. In this vein, the results indicate that the architecture and composition of the TSE, marked by interference from the Federal Supreme Court (STF) since its creation in 1932, represents an important example of path dependence, as the institutional design inherited and reinforced by the 1988 Constitution directed its evolution and conditioned its decision-making practices. Furthermore, this trajectory explains the consolidation of growing judicial activism, through which the TSE has strengthened its leading role in regulating the electoral process and defending democratic integrity. The analysis concludes that, although the TSE's judicial activism has contributed to strengthening democracy at critical moments, it also suggests challenges, especially in a scenario of heightened political polarization, regarding the limits of the Judiciary's action and the balance between powers.

Keywords: Electoral justice. Judicial activism. Democratic governance. Electoral process. Political polarization. Historical institutionalism.

1. INTRODUÇÃO

O processo de consolidação democrática brasileira está intrinsecamente atrelado ao robustecimento das instituições eleitorais, notadamente o Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Nesse contexto, observa-se que desde sua criação, em 1932, a corte eleitoral ocupa posição única no arranjo constitucional, atuando como guardião da legitimidade do sufrágio e da regularidade dos pleitos. Contudo, nas últimas décadas, o TSE transcendeu o papel meramente administrativo que

historicamente o caracterizava, avocando crescente protagonismo interpretativo e normativo. Tal fenômeno, que alguns autores descrevem como “ativismo judicial eleitoral”, traz à luz transformações estruturais no equilíbrio entre os poderes e coloca questões centrais sobre a natureza da jurisdição em regimes democráticos.

No cenário de um sistema político caracterizado por crises de representação, fragmentação partidária e desconfiança social nas instituições, o TSE despontou como ator regulador da democracia, desempenhando funções que extrapolam a administração do processo eleitoral para abranger o campo da formulação normativa e da arbitragem política. De maneira que esse aumento de competências, ainda que frequentemente legitimada pela defesa da integridade democrática, suscita debates teóricos sobre seus fundamentos e limites. Nesse contexto, o estudo do TSE traz uma oportunidade valiosa para compreender como o Judiciário brasileiro incorporou funções de controle político e consolidou um modelo de governança eleitoral centrado na autoridade judicial.

Cabe pontuar que a literatura sobre o ativismo judicial no Brasil, ainda que extensa, concentra-se majoritariamente na atuação do Supremo Tribunal Federal (STF). Por outro lado, o ativismo do TSE permanece pouco explorado, apesar de sua relevância institucional e impacto direto sobre o funcionamento do sistema representativo, como se observa, essa lacuna analítica é significativa pois o TSE opera em uma interseção peculiar entre técnica e política, direito e administração, legalidade e legitimidade. Assim, compreender o ativismo judicial eleitoral requer examinar sua gênese histórica, seus mecanismos de auto fortalecimento institucional e suas implicações para o equilíbrio democrático.

Partindo dessa constatação, este artigo busca analisar o ativismo judicial do Tribunal Superior Eleitoral à luz da teoria da dependência da trajetória (*path dependence*), própria do institucionalismo histórico. Nesse sentido, argumenta-se que a centralidade contemporânea do TSE não constitui um desvio episódico, mas o resultado cumulativo de escolhas institucionais realizadas em momentos críticos (1932, 1946 e 1988), que definiram sua estrutura e cultura decisória, por outros termos, essas conjunturas fundacionais, ao conferirem simultaneamente autonomia e centralização, criaram as condições para a expansão progressiva de suas funções interpretativas e regulatórias.

Metodologicamente, o estudo adota uma abordagem qualitativa e analítico-comparativa, baseada na revisão bibliográfica e no exame histórico-normativo da evolução institucional da Justiça Eleitoral. Por sua vez, o referencial teórico ancora-se em autores clássicos do novo institucionalismo histórico, como North (1990, 2018), Thelen (1999) e Pierson (2000, 2004), articulando-os à discussão contemporânea sobre o ativismo judicial proposta por Dworkin (2007), Ely (1980) e Waldron (1999). Nesse cenário, o arranjo teórico escolhido permite compreender como desenhos institucionais consolidados produzem padrões duradouros de comportamento judicial, mesmo em contextos de mudança constitucional.

O artigo organiza-se em quatro seções, além desta introdução. A segunda seção apresenta um breve histórico do TSE, destacando sua gênese, transformações e momentos de inflexão institucional, ao passo que a terceira seção discute a dependência da trajetória como categoria explicativa da continuidade institucional e de seus efeitos sobre a atuação do tribunal, já a quarta seção analisa o ativismo judicial no TSE, suas manifestações, justificativas e riscos democráticos. Por fim, a quinta seção apresenta as considerações finais, nas quais se sintetizam os achados teóricos e se reflete sobre os desafios contemporâneos da jurisdição eleitoral brasileira.

2. BREVE HISTÓRICO DO TSE

A institucionalização da democracia brasileira tem na criação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) um de seus mais relevantes marcos. A sua concepção tem origem na Revolução de 1930 que, dada a sua complexidade, além de romper com a hegemonia política da Primeira República, tinha o anseio de racionalizar e, principalmente, moralizar o processo eleitoral até então caracterizado por suspeitas de fraudes. Por outras palavras, o sistema em vigor naquele então caracterizava-se pela manipulação dos resultados e pela inexistência de garantias efetivas ao sufrágio popular. Nesse contexto, o governo provisório de Getúlio Vargas instituiu, por meio do Decreto n.º 21.076/1932, o Código Eleitoral de 1932, documento normativo que estabeleceu as bases da Justiça Eleitoral e criou o então Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, embrião do atual TSE.

O Código Eleitoral de 1932 caracterizou-se como um avanço civilizatório ao introduzir o voto secreto, o alistamento eleitoral sob responsabilidade do Estado e o direito feminino ao voto, representando modernização do sistema político brasileiro. Nesse contexto, o TSE foi concebido, inicialmente, como órgão administrativo atrelado ao Poder Executivo, com a função de coordenar e fiscalizar o processo eleitoral, sendo que a sua criação inseriu-se em um projeto de tecnificação da administração pública e centralização estatal, característico do primeiro governo Vargas, que objetivava substituir as oligarquias locais por mecanismos burocráticos de controle político. Assim, a Justiça Eleitoral surge naquela conjuntura como instrumento de legitimação política e reorganização do poder e não como expressão de autonomia judicial, como bem observam Carvalho (2008) e Nicolau (2012).

Entrementes, com o advento do Estado Novo (1937–1945), a Justiça Eleitoral foi extinta, denotando a vulnerabilidade institucional do modelo, logo, o encerramento das atividades do TSE durante o período de exceção expressa uma tendência de concentração do poder no Executivo e a rejeição, pelo regime, de instâncias de controle político-jurídico autônomas. Todavia, a Justiça Eleitoral foi reestabelecida com redemocratização de 1945, através da promulgação do Decreto-Lei n.º 7.586/1945, e sua inserção na Constituição de 1946, que a firmou como ramo do Poder Judiciário portador de competência própria e caráter técnico-administrativo. Vale frisar que essa transição significou a transição de uma lógica de tutela executiva para um modelo de controle jurídico-institucional das eleições, com maior grau de independência e imparcialidade.

A volta da Justiça Eleitoral em 1946 pontua o início de um processo de institucionalização duradouro. Ainda que o TSE se mantivesse fortemente influenciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em virtude da regra de interseção na sua composição, característica que se mantém até hoje, a Justiça Eleitoral passou a desempenhar funções essenciais de regulação e jurisdição no campo político e, desta forma, o princípio da impessoalidade administrativa e a busca pela neutralidade técnica assentam-se como valores constitutivos dessa instituição.

Importa observar que a Constituição de 1988 constitui o terceiro momento de inflexão histórica do TSE. Nesse contexto, de transição democrática e reconstrução do Estado de Direito, o texto constitucional aumentou sobremaneira a autonomia do

Poder Judiciário e, por extensão, da Justiça Eleitoral, de forma que essa ampliação concedeu ao TSE não somente a tarefa de administrar o processo eleitoral (*rule application*), mas também de arbitrar disputas políticas (*rule adjudication*) e, obliquamente, de formular regras de conduta eleitoral em lacunas legislativas (*rule making*), conforme a tipologia proposta por Schedler (2002). Enfim, essa mudança de funções realocou o tribunal como ator central da governança eleitoral brasileira.

Vale ressaltar, entretanto, que o arranjo institucional da Justiça Eleitoral manteve uma característica marcante desde 1932: a interseção entre o TSE e o STF. Nesse sentido, observa-se que dos sete ministros que compõem o TSE, três são oriundos do Supremo Tribunal Federal (STF), dois do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dois são juristas nomeados pelo Presidente da República. Portanto, pode-se pontuar que essa hibridização institucional gera um duplo efeito: por um lado, reforça a tecnicidade e a unidade interpretativa entre as instâncias superiores do Judiciário; por outro, cria uma dependência hierárquica simbólica que limita a plena autonomia decisória do tribunal eleitoral. Em arremate, como observa Ferraz Júnior (2008), percebe-se que essa sobreposição transforma o TSE em um órgão auxiliar da Suprema Corte, reproduzindo seus padrões interpretativos e consolidando uma cultura de deferência vertical.

Desta maneira, a “Supremocracia brasileira” que é a expansão da autoridade do STF em temas políticos (Vieira, 2008), repercute diretamente sobre o TSE, uma vez que herda não somente a composição, mas também a lógica decisória do Supremo. Por conseguinte, o robustecimento do controle judicial sobre a esfera política, acentuado pela Constituição de 1988, criou condições para o surgimento de um ativismo judicial eleitoral. Cabendo destacar que esse ativismo, ainda que frequentemente justificado pela defesa da integridade do processo democrático, reflete também o acúmulo de competências históricas e a ausência de mecanismos eficazes de contenção institucional.

A continuidade da composição híbrida do TSE em todas as constituições subsequentes a 1932 ratifica um padrão de dependência de trajetória institucional (*path dependence*), uma vez que o tribunal evoluiu mantendo elementos de seu desenho original, em razão da previsibilidade, da resistência à mudança e dos custos políticos de reforma. Assim, essa permanência institucional da corpo à tese de que o

TSE é resultado de uma lógica de continuidade histórica mais do que de ruptura, fenômeno este que explica tanto sua estabilidade quanto sua tendência a expandir competências interpretativas.

Sob essa ótica, a posição central do STF na estrutura do TSE tem origem em um processo cumulativo de desconfiança em relação aos poderes Executivo e Legislativo, especialmente em períodos de transição democrática, de maneira que o protagonismo judicial aflora como resposta à fragilidade dos mecanismos representativos e à baixa densidade institucional do sistema político brasileiro. Nesse sentido, argumenta North (2018), as instituições evoluem a partir de escolhas difíceis tomadas em contextos de incerteza, e essas escolhas moldam as possibilidades futuras de ação. No caso do TSE, decisões tomadas em 1932, 1946 e 1988 definiram as condições para o exercício de um papel proeminente na arbitragem da disputa política e na preservação da legitimidade eleitoral.

Em síntese, o percurso histórico do TSE evidencia uma trajetória marcada por momentos críticos de redefinição institucional, seguidos de longos períodos de continuidade e auto reforço e essa trajetória, em grande medida, explica a expansão progressiva das funções do tribunal e protagonismo no sistema democrático brasileiro contemporâneo. Assim, o TSE não se configura apenas como um órgão técnico de administração eleitoral, mas também como um ator político-jurisdicional cuja legitimidade repousa no equilíbrio entre a imparcialidade técnica e a prudência democrática.

3 DEPENDÊNCIA DA TRAJETÓRIA E O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

O conceito de instituição, em sua mais moderna acepção, vai além da dimensão normativa do direito positivo e traz para si contornos políticos, econômicos e sociológicos. Neste sentido, como enfatiza Samuel Huntington (1968), as instituições são “padrões estáveis, validados e recorrentes de comportamento”, cuja primordial função é assegurar regularidade e previsibilidade na ação social. Émile Durkheim (2007), por sua vez, enxerga as instituições como formas sociais que ditam padrões de conduta exteriores e coercitivos aos indivíduos, isto é, as instituições são expressões da consciência coletiva. Já Max Weber (1999) concede-lhes caráter

racional e legitimador da dominação, atrelando-as a valores e significados subjetivamente compartilhados.

Na seara da ciência política contemporânea, a abordagem institucional assume novas facetas com o desenvolvimento do novo institucionalismo, expressão que abarca três vertentes analíticas principais: o institucionalismo da escolha racional, o institucionalismo sociológico e o institucionalismo histórico (Hall e Taylor, 2003). O primeiro privilegia a maximização estratégica de interesses sob constrangimentos institucionais; o segundo enfatiza os aspectos culturais e normativos da ação; e o terceiro, objeto deste estudo, concebe as instituições como estruturas históricas que moldam e condicionam o comportamento político ao longo do tempo.

A premissa básica do institucionalismo histórico é a de que as instituições são resultado de processos cumulativos e contingentes. Suas origens remontam a autores como Theda Skocpol (1979), Peter Hall (1986), Kathleen Thelen (1999) e Paul Pierson (2000), que buscaram entender como momentos críticos (*critical junctures*), isto é, situações anormais de mudança política, produzem efeitos perduráveis sobre a arquitetura institucional. Nessa linha, Pierson (2000) conceitua dependência da trajetória (*path dependence*) como “processos sociais caracterizados por retornos crescentes, em que escolhas iniciais limitam o leque de opções futuras”. Já James Mahoney (2000) complementa que a constância institucional deriva de “mecanismos de autorreforço” (*self-reinforcing mechanisms*) e “efeitos de retroalimentação positiva” (*positive feedback effects*), que tornam cada vez mais custosa a reversão das decisões passadas.

No domínio jurídico, Douglass North (1990; 2018) ressalta que as instituições são “as regras do jogo em uma sociedade”, e que sua estabilidade decorre da função de reduzir incertezas e custos de transação. Portanto, dependência da trajetória é um fenômeno racional de preservação da previsibilidade social e não mero resultado da inércia. Destarte, no caso das instituições judiciais, isso implica que decisões estruturantes, sobretudo aquelas tomadas em conjunturas de crise, condicionam o comportamento posterior das cortes, gerando padrões de atuação e culturas organizacionais estáveis.

No caso específico do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a dependência da trajetória explica a persistência de uma configuração institucional híbrida e de uma cultura de centralização normativa. Ora, desde sua criação em 1932, a Justiça Eleitoral foi entendida como órgão tecnocrático, inculcado de racionalidade instrumental e de um *ethos* de neutralidade administrativa. Outrossim, esse traço da origem da instituição foi reforçado pela reconstituição em 1946 e consolidado pela Constituição de 1988, que dotou a Justiça Eleitoral de plena autonomia funcional e orçamentária. Valendo destacar que cada uma dessas conjunturas representou um momento crítico (*critical juncture*) no sentido de Mahoney e Thelen (2010), que redefiniu as funções e os limites do tribunal, mas também preservou elementos fundamentais de seu desenho institucional.

Entre 1932 e 1988, o TSE evoluiu de órgão subordinado ao Executivo a ramo do Poder Judiciário, mantendo, contudo, a sua natureza centralizadora. Nesse sentido, o princípio da tecnicidade, a crença na superioridade da decisão técnica sobre a política, foi transposto do Executivo Vargas para o Judiciário republicano e essa continuidade demonstra o que Pierson (2004) chama de “conversão institucional” que são mudanças incrementais que transformam funções e práticas sem alterar o núcleo organizacional. Assim, embora o TSE tenha obtido novas competências constitucionais, sua lógica de atuação manteve-se idêntica àquela que o originou, ou seja, concentradora, hierarquizada e fortemente vinculada ao STF.

Observa-se que a dependência de trajetória manifesta-se, ainda, na composição estrutural do TSE, que desde sua criação conta com ministros oriundos do Supremo Tribunal Federal, valendo frisar que essa característica, reiterada em todas as constituições pós-1946, reforça a tese de *path dependence* ao revelar a persistência de arranjos institucionais mesmo diante de mudanças políticas significativas. Assim, tal persistência cria o que Thelen (1999) denomina “inércia adaptativa” que ocorre quando as instituições evoluem, mas o fazem por adição e reinterpretção de normas preexistentes, não por ruptura.

Esse padrão de auto fortalecimento e reforço é particularmente perceptível na ampliação da competência jurisdicional do TSE, uma vez que a Constituição de 1988, ao robustecer o Judiciário, ampliou a capacidade decisória da corte eleitoral, permitindo-lhe derivar da seara administrativa para a interpretativa, por conseguinte,

o resultado foi a pavimentação de uma cultura de proatividade judicial, estimulada tanto pela omissão legislativa quanto pela confiança social no Judiciário. Assim, o TSE passou a ocupar um espaço normativo aumentado, atuando como intérprete e regulador de temas sensíveis, da propaganda digital ao financiamento de campanhas, que antes pertenciam exclusivamente ao legislador.

A teoria da dependência da trajetória oferece, portanto, um instrumental explicativo para compreender esse processo de crescimento. Segundo Mahoney (2000), os mecanismos de reforço institucional podem ser de quatro tipos: complementaridade funcional, efeitos de coordenação, poder de monopólio e aprendizado adaptativo. Vale destacar que todos esses elementos aplicam-se ao TSE, na medida em que a complementaridade funcional resulta da integração entre o TSE e o STF; os efeitos de coordenação demonstram a aceitação de suas decisões pelos demais tribunais; o poder de monopólio se origina de sua posição única no sistema eleitoral; e, por fim, o aprendizado adaptativo manifesta-se na incorporação de novas tecnologias, como a urna eletrônica e o processo de votação digital.

Além do mais, a trajetória do TSE está entrelaçada com o cenário de vulnerabilidade democrática e inconstância institucional do Brasil. Nesse sentido, observa-se que desde a República Velha, a instabilidade dos mecanismos de representação política concebeu um ambiente oportuno à transferência de poder para instituições de caráter judicial e, por conseguinte, técnico. Assim, a centralidade do TSE após a Constituição de 1988 pode ser entendida como uma resposta institucional a deficiências de legitimidade política, na mesma perspectiva proposta por O'Donnell (1994) sobre a “democracia delegativa” latino-americana, uma vez que nesse modelo, tribunais e órgãos de controle são frequentemente chamados a substituir instâncias representativas em nome da moralização e da efetividade das instituições.

Entretanto, essa trajetória de fortalecimento institucional também traz consigo o embrião de tensões institucionais estruturais. Dessa forma, a dependência de trajetória, ainda que traga estabilidade, cria obstáculos à inovação e inclina-se à hipertrofia funcional. Sob esse ponto de vista, observa Paul Pierson (2004), que instituições fortemente autorreforçadas tendem a expandir-se por inércia, reproduzindo comportamentos e práticas mesmo diante de novas realidades sociais. No caso do TSE, essa dinâmica resultou na normalização do ativismo judicial eleitoral,

entendido aqui não como desvio, mas como produto histórico de um processo institucional cumulativo.

Sob a ótica do institucionalismo histórico, o TSE pode, certamente, ser retratado como uma instituição de trajetória longa, na qual as decisões passadas delineiam o espaço de possibilidades presentes (*Path dependence*). Em suma, o tribunal trabalha dentro de um “marco de restrições herdadas”, mas com graus crescentes de autonomia interpretativa. Portanto, a sua atuação ativista não pode ser entendida como fenômeno abrupto ou patológico, e sim como manifestação de uma lógica de expansão jurisdicional incremental, característica de instituições consolidadas em democracias de pouca densidade representativa.

Afinal de contas, o estudo da dependência da trajetória no âmbito do TSE demonstra que a continuidade de sua composição, a dilatação de suas competências e a normalização de seu protagonismo são expressões de um mesmo processo institucional, ou seja, o TSE é herdeiro de uma trajetória histórica que justapõe continuidade organizacional, legitimidade técnica e ampliação funcional. Em síntese, o entendimento desse percurso é essencial para a análise crítica de seu ativismo contemporâneo, que, como se verá na seguinte seção, constitui uma decorrência direta e até previsível dessa estrutura histórica de autorreforço institucional.

4. O ATIVISMO JUDICIAL E O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Nos debates constitucionais contemporâneos, o fenômeno do ativismo judicial ocupa papel central e tem sido objeto de atenção crescente nas democracias ocidentais. A expressão, que foi cunhada originalmente por Arthur Schlesinger Jr. em 1947, referia-se a uma postura de juízes da Suprema Corte norte-americana que, ao contrário dos adeptos da judicial *restraint*, adotavam uma atuação mais afirmativa na interpretação constitucional, entretanto, a definição inicial, de caráter descritivo, evoluiu ao longo do século XX para definir um conjunto bem mais complexo de práticas judiciais direcionadas à expansão do papel dos tribunais no campo político, social e moral.

Na dimensão conceitual, o ativismo judicial, pode ser compreendido inicialmente sob a perspectiva analítica, que vê o ativismo judicial como a inclinação

de tribunais, sobretudo cortes constitucionais, de ultrapassar limites tradicionais da função jurisdicional, interferindo na implementação, na formulação de políticas públicas, ou reinterpretando de forma criativa e propositiva algumas normas. Nesta senda, aduz Ely (1980), que o ativismo judicial representa uma “função contramajoritária”, cuja função seria proteger direitos fundamentais e garantir o funcionamento do processo democrático, ainda que contra a vontade momentânea das maiorias legislativas.

Destarte, autores como Ronald Dworkin (2007) legitimam teoricamente essa posição, pois defendem que a atividade judicial deve visar não somente a coerência formal das normas, mas também a integridade moral do Direito. Nessa lógica, para Dworkin, os juízes são “intérpretes de princípios”, e não meros aplicadores de regras, tocando-lhes garantir que as decisões jurídicas espelhem a melhor concepção de justiça possível dentro do ordenamento. Em decorrência disso, o ativismo judicial seria manifestação da responsabilidade moral dos tribunais em conservar os valores constitucionais diante das omissões ou desvios dos demais poderes.

Contudo, a noção de ativismo judicial é ambígua e contestada, por exemplo, Richard Posner (2008), sob a ótica do realismo jurídico e do pragmatismo judicial, defende que as decisões judiciais são inescapavelmente influenciadas por juízos de valor e por consequências práticas. O ativismo, nesse sentido, não seria um desvio, mas uma inevitabilidade funcional do poder jurisdicional em sociedades complexas. Já Jeremy Waldron (1999) condena veementemente a legitimidade democrática dessa prática, argumentando que o poder de criar normas substantivas deve permanecer com o Legislativo, por ser o único órgão de representação direta da vontade popular.

Hans Kelsen (1934; 2000), por sua vez, pontua que a dimensão técnico-normativa do Direito e afasta qualquer adição valorativa na aplicação da norma jurídica. Nessa linha de raciocínio, para ele, o juiz deve atuar como intérprete estrito da Constituição, sob pena de desvirtuar o princípio da legalidade e substituir a vontade do legislador. Por sua vez, Carl Schmitt (2012) leva essa crítica ao extremo ao descrever o “juiz-soberano” como ameaça à soberania democrática, uma vez que decisões judiciais ativistas tem o poder de subverter a hierarquia constitucional e quebrar a harmonia entre os poderes.

A partir dessas perspectivas, a literatura contemporânea diferencia o ativismo judicial de outros fenômenos correlatos, como a judicialização da política, pois, enquanto esta se refere ao aumento da presença do Judiciário em temas políticos e sociais, o que é um processo estrutural e muitas vezes inevitável nas democracias constitucionais, o ativismo é uma postura interpretativa voluntarista, em que o tribunal adota decisões normativamente expansivas, mesmo sem base legal explícita. Essa distinção, proposta por Tate e Vallinder (1995), é decisiva para entender o papel do TSE no contexto brasileiro.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a partir da promulgação da Constituição de 1988, vem ampliando gradualmente seu papel de árbitro técnico do processo eleitoral para abarcar o de ator político normativo, exercendo funções que se aproximam do legislador e, em alguns casos, do Executivo. Essa mutação funcional tem origem em lacunas legislativas, mas também no crescimento das expectativas sociais em relação ao Judiciário como guardião da democracia.

Um dos exemplos mais marcantes de ativismo judicial no TSE é a Resolução nº 23.610/2019, que regulamentou a propaganda eleitoral na internet e instituiu mecanismos de responsabilização por desinformação. Essa norma, editada sem base legal específica, ampliou o alcance regulatório do tribunal para além de sua competência originária, inserindo-o na seara da comunicação política e da liberdade de expressão. Embora a medida tenha sido justificada pela necessidade de combater a manipulação informacional e proteger a integridade eleitoral, ela ilustra um deslocamento da função jurisdicional para a função normativa criativa.

Outro caso emblemático foi a cassação do mandato do governador do Maranhão, Jackson Lago, em 2009, decisão que consolidou o entendimento de que o TSE poderia anular o mandato de um chefe do Executivo eleito, desde que entendesse que esta eleição se deu por meio de práticas abusivas, ainda que sem condenação criminal transitada em julgado. Observa-se que, esse precedente configurou uma expansão do controle judicial sobre a soberania popular, demonstrando a tensão entre a legitimidade democrática do voto e o controle jurídico da moralidade eleitoral.

No ano de 2015, o TSE reafirmou essa tendência ao proibir doações empresariais para campanhas eleitorais, decisão que previsivelmente foi chancelada pelo STF em seguida. Ainda essa medida tenha sido amplamente elogiada por reduzir a influência econômica nas eleições, ela também marcou um novo patamar de ativismo judicial, ao impor limites estruturais à participação privada no processo político sem prévia deliberação parlamentar.

Mais recentemente, nas eleições de 2018 e 2022, o tribunal intensificando sua atuação em defesa da integridade informacional, celebrou acordos de cooperação com plataformas digitais, criou programas de combate à desinformação e adotou medidas sancionatórias imediatas contra candidatos e partidos. Essas práticas, segundo Casarões e Fuks (2023), consolidou o TSE como “ator de regulação democrática”, mas, por outro lado, também o colocou no centro de debates sobre excesso de poder regulatório e *accountability* judicial.

Cabe pontuar que o ativismo judicial, no contexto do TSE, é geralmente justificado por quatro fundamentos principais: a defesa de direitos fundamentais, a proteção da democracia, a adaptação do direito às transformações sociais e a correção de omissões legislativas. Destarte, vale ressaltar que esses fundamentos ecoam tradições diversas do pensamento jurídico-político.

No que atine à primeira justificativa, isto é, a proteção de direitos fundamentais, esta encontra respaldo em Dworkin (2007) e Alexy (2010), que entendem os tribunais como instâncias de ponderação moral, com a função de assegurar o núcleo essencial dos direitos humanos, mesmo contra maiorias ocasionais. No âmbito eleitoral, isso se traduz na atuação do TSE como garantidor da igualdade de oportunidades entre candidatos, como defesa contra abusos de poder e como proteção ao direito ao voto livre e informado.

Quanto à segunda justificativa, que é focada na defesa da democracia e das instituições, remete à doutrina da jurisdição constitucional proativa desenvolvida por Cappelletti (1989) e Gargarella (2013), cabendo destacar que esses autores argumentam que, em contextos de vulnerabilidade institucional, o Judiciário pode e deve atuar como fator de estabilização democrática, compensando deficiências de representação. No Brasil, a experiência de instabilidade política e o histórico de

rupturas constitucionais criaram um ambiente propício à legitimação do ativismo judicial como mecanismo de salvaguarda institucional.

Já a terceira justificativa, centrada na adaptação do direito às transformações sociais, decorre da observação de que a legislação eleitoral brasileira é, muitas vezes, anacrônica e não acompanha as mudanças tecnológicas e comunicacionais. Nesse contexto, o TSE avoca o papel de intérprete dinâmico, capaz de suprir lacunas normativas e adaptar as regras ao ambiente digital. Portanto, observa-se que essa função encontra eco na teoria da “constituição viva”, defendida por Brennan e Marshall (1987), segundo a qual o texto constitucional deve ser interpretado de forma evolutiva para acompanhar as transformações da sociedade.

Por outro lado, as críticas ao ativismo judicial eleitoral são igualmente robustas. Waldron (1999), Schmitt (2012) e Kelsen (2000) alertam para o risco de corrosão da legitimidade democrática quando o Judiciário ultrapassa sua função de aplicador da lei e passa a atuar como legislador positivo. A esse respeito, Ferrajoli (2011) pontua que o Estado de Direito depende da previsibilidade das decisões judiciais e da separação rigorosa entre criação e aplicação da norma, uma vez que quando o Judiciário se apropria do poder normativo, compromete-se a segurança jurídica e abre-se espaço para o governo dos juízes (*gouvernement des juges*), expressão clássica de Edouard Lambert (1921).

No caso específico do TSE, o ativismo judicial revela riscos peculiares como o desequilíbrio entre os poderes, a imprevisibilidade institucional e a suspeita de parcialidade política. Nesse sentido, como observa Vieira (2008), a supremacia do STF e, por consequência, do TSE na interpretação constitucional instaurou uma “supremocracia” que concentra poderes excessivos em instâncias não eleitas e essa concentração de poder enfraquecer o Legislativo e comprometer seriamente a confiança pública nas decisões judiciais, especialmente em contextos de polarização.

Contudo, a crítica isolada ao ativismo judicial sem consideração histórica ignora sua gênese institucional. Como se demonstrou anteriormente, o protagonismo do TSE é produto de uma dependência de trajetória, isto é, as escolhas constitucionais de 1932, 1946 e 1988 acumularam competências e expectativas que conduziram inevitavelmente a um papel expansivo. Assim, o ativismo eleitoral brasileiro deve ser

entendido não como anomalia, mas como expressão funcional de uma tradição institucional consolidada.

Embora justificado em muitos casos pela defesa da democracia, o ativismo judicial do TSE, produz efeitos cambiantes sobre o próprio regime democrático, uma vez que em um extremo, robustece a integridade eleitoral e inibe práticas ilícitas, porém, em outro, cria dependência institucional e diminuição do espaço deliberativo dos atores políticos. Nesse sentido, vale pontuar que a democracia constitucional pressupõe um “equilíbrio comunicativo” entre os poderes, e a hipertrofia judicial rompe esse equilíbrio, substituindo o diálogo político pela decisão tecnocrática Habermas (1992).

A solução, portanto, está em reconhecer os limites normativos da jurisdição e restaurar a deferência democrática aos poderes representativos, sem abdicar da função de defesa da Constituição. Logo, não é a supressão do papel ativo dos tribunais que resolverá o problema do ativismo, mas a autolimitação institucional (*judicial self-restraint*), conceito defendido por Bickel (1962).

Assim, o TSE se depara com um desafio estrutural que é equilibrar o seu papel de guardião da integridade democrática com a necessidade de conservar a autonomia do processo político. O ativismo judicial, se exercido sem critérios claros de legitimidade, corre o risco de transformar-se em um ativismo de poder, minando a confiança social e o pluralismo político. A maturidade democrática requer, portanto, que o tribunal reafirme seu compromisso com a transparência, a previsibilidade e a contenção que são fundamentos indispensáveis à estabilidade do Estado de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A trajetória do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) originou-se sob a dinâmica da racionalização burocrática varguista, foi extinto no período de exceção do Estado Novo, recriado na redemocratização de 1946 e consolidado pela Constituição de 1988 como órgão de cúpula de um sistema judicial autônomo e especializado. Como se observa desde sua criação, em 1932, a Justiça Eleitoral configurou-se como uma resposta estatal à crise de legitimidade política e à necessidade de disciplinar o

processo representativo. Esse itinerário revela de modo exemplar a lógica entre continuidade institucional e inovação funcional no cenário da democracia brasileira.

A análise empreendida neste estudo revela que o ativismo judicial do TSE não constitui um episódio isolado e nem uma disfunção institucional, mas sim o produto de um processo histórico cumulativo de dependência de trajetória. Nesse contexto, as decisões fundadoras de 1932, 1946 e 1988 definiram os três pilares que sustentaram e moldaram o campo de atuação contemporâneo do tribunal, quais sejam: tecnicidade, centralização e protagonismo judicial. Em consonância com o institucionalismo histórico, conforme North (1990), Pierson (2004) e Thelen (1999), essas escolhas iniciais geraram mecanismos de autorreforço que, ao longo do tempo, consolidaram a autoridade normativa e interpretativa da Justiça Eleitoral.

Da perspectiva teórica, o ativismo judicial praticado pelo TSE pode ser entendido como a manifestação de um modelo misto de governança constitucional, no qual a função jurisdicional ganha contornos normativos e regulatórios. Cabe frisar que essa transformação não se deve unicamente à vontade dos juízes, mas também à omissão estrutural dos demais poderes, mormente o Legislativo, na atualização do direito eleitoral frente às inovações tecnológicas e às novas formas de comunicação política. Assim, o TSE atua em um espaço de vácuo normativo, onde sua intervenção adquire feição quase legislativa.

Importa pontuar, porém, que esta constatação não elimina o caráter problemático de uma jurisdição alargada, uma vez que a “dificuldade contramajoritária” é inerente à função dos tribunais constitucionais, ou seja, quanto mais ampla a sua atuação, maior a tensão entre legitimidade democrática e segurança jurídica Bickel (1962). No caso brasileiro, tal tensão se intensifica porque o TSE, diferentemente de cortes constitucionais tradicionais, atua simultaneamente como regulador administrativo e julgador, acumulando competências potencialmente contraditórias.

Como se observa, por um lado, essa dualidade confere ao TSE eficiência e coerência institucional na condução do processo eleitoral; por outro, cria o risco de autorreferencialidade decisória, em que o tribunal se torna fonte primária de suas próprias normas e precedentes. O resultado disso tudo é uma conformação de poder

caracterizada por baixa *accountability* horizontal, uma vez que suas decisões dificilmente são revisadas por outras instâncias, e alta densidade normativa, o que o aproxima, em certa medida, daquilo que Ferrajoli (2011) denomina “jurisdição de poder constituinte”.

Do ponto de vista normativo, é preciso diferenciar o ativismo funcionalmente necessário e o ativismo institucionalmente excessivo. De modo que o primeiro decorre da necessidade de garantir direitos fundamentais e assegurar o funcionamento regular do processo democrático Dworkin (2007) e Cappelletti (1989), já o segundo aflora quando o tribunal passa a substituir o legislador ou regular diretamente a vida política, extrapolando o papel contramajoritário para adotar um papel dirigente. O desafio contemporâneo do TSE é, portanto, delimitar o ponto de equilíbrio entre esses dois polos.

Essa tensão é agravada pela revolução que ocorre no espaço público digital, que traz consigo novas responsabilidades e perigos às cortes eleitorais. Destarte, a crescente intervenção do TSE na regulação de conteúdos, discursos e campanhas nas redes sociais exige a construção de parâmetros bem definidos e transparentes de controle e também proporcionalidade. Cabendo frisar que a aplicação de medidas preventivas e punitivas, ainda que justificadas pela integridade do pleito, deve observar o princípio da reserva legal e os critérios de necessidade e adequação, sob o risco de comprometer a liberdade de expressão política, um dos pilares do constitucionalismo democrático, Habermas (1992) e Alexy (2010).

Na seara institucional, o fortalecimento da autolimitação judicial (*self-restraint*) emerge como elemento imprescindível à manutenção da legitimidade do TSE. De maneira que essa autolimitação não denota passividade, pelo contrário, é o reconhecimento de que a autoridade democrática do Judiciário sujeita-se à sua previsibilidade e moderação, pois o juiz deve conjugar firmeza principiológica e deferência democrática constituindo-se este, portanto, o núcleo da legitimidade judicial no século XXI.

Ademais, a discussão sobre o ativismo judicial eleitoral faz emergir a necessidade de um diálogo interinstitucional mais consistente abrangendo o TSE, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, pois o fortalecimento de

mecanismos de cooperação e revisão entre essas instâncias pode reduzir a assimetria decisória e evitar a sobreposição de competências. O constitucionalismo democrático demanda uma interação comunicativa entre os poderes, fundada na deliberação racional e na corresponsabilidade institucional, e não na supremacia unilateral de um deles, Habermas (1996) e Rosenfeld (2001).

Por fim, o entendimento do ativismo judicial do TSE demanda uma leitura conjuntural e evolutiva que não ignore sua função corretiva e seus riscos sistêmicos, pois tribunal surgiu como instrumento de racionalização democrática e consolidou-se como guardião da integridade eleitoral, contudo, o seu futuro dependerá da capacidade de equilibrar proatividade e contenção, autoridade e legitimidade, técnica e política.

Em última instância, o TSE representa o dilema central das democracias contemporâneas: como assegurar a supremacia do direito sem comprometer a soberania popular. Nesse contexto, convém observar que a solução não está na negação do ativismo judicial, mas em sua submissão institucional, isto é, na configuração de um modelo de jurisdição eleitoral que justaponha eficácia democrática, transparência decisória e controle social. Somente assim o tribunal poderá reafirmar sua legitimidade como ator equidistante da competição política e garantidor da ordem constitucional, sem incorrer na tentação de transformar-se em seu próprio legislador.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1962.

BRENNAN, William J.; MARSHALL, Thurgood. *The Constitution as a Living Document*. Washington, D.C.: American Bar Association, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASARÕES, Guilherme; FUKS, Mario. *Desinformação e democracia: o papel das instituições eleitorais na era digital*. São Paulo: FGV Editora, 2023.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 7. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia constitucional*. Trad. Alexander Araújo de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810–2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

HALL, Peter A. *Governing the Economy: The Politics of State Intervention in Britain and France*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. *Political Science and the Three New Institutionalisms*. *Political Studies*, v. 44, n. 5, p. 936–957, 2003.

HUNTINGTON, Samuel P. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage. Wien: Franz Deuticke, 1934.

LAMBERT, Édouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard, 1921.

MAHONEY, James. *Path Dependence in Historical Sociology*. *Theory and Society*, v. 29, n. 4, p. 507–548, 2000.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass C. *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton: Princeton University Press, 2018.

O'DONNELL, Guillermo. *Delegative Democracy*. *Journal of Democracy*, v. 5, n. 1, p. 55–69, 1994.

PIERSON, Paul. *Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics*. *American Political Science Review*, v. 94, n. 2, p. 251–267, 2000.

PIERSON, Paul. *Politics in Time: History, Institutions, and Social Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.

ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*. New York: Routledge, 2001.

SCHEDLER, Andreas. *Elections Without Democracy: The Menu of Manipulation*. *Journal of Democracy*, v. 13, n. 2, p. 36–50, 2002.

SCHMITT, Carl. *Teologia política: quatro capítulos sobre a doutrina da soberania*. Trad. George Sperber. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2012.

SKOCPOL, Theda. *States and Social Revolutions: A Comparative Analysis of France, Russia and China*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

THELEN, Kathleen. *Historical Institutionalism in Comparative Politics*. *Annual Review of Political Science*, v. 2, p. 369–404, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441–463, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 1999.