

VERBA LEGIS

Constituição Política DO ESTADO DE GOYAZ

(Edição especial contendo a consolidação a que se refere o art. 4º. das Disposições Transitorias da Reforma Constitucional de 13 de Julho de 1898, tirada por ordem do Presidente da Camara dos Deputados)

TITULO I

Disposições preliminares.

Art. 1º—O Estado de Goyaz faz parte da federação denominada *Republica dos Estados Unidos do Brazil*.

Art. 2º—O seu governo será representativo e a soberania popular no Estado se exercerá pelos poderes — legislativo, executivo e judiciario, independentes e harmonicos no exercicio de suas funcções.

Art. 3º—Os limites territoriaes do Estado de Goyaz não poderão ser alterados senão mediante consentimento de sua legislatura, pela fórma determinada na Constituição Federal.

Art. 4º—Será permittida a intervenção do poder federal nos negocios do Estado :

§ 1. Para impedir ou repellir invasão estrangeira, ou de outro Estado :

§ 2. Para garantir a fórma republicana federativa :

§ 3. Para restabelecer a ordem e a tranquillidade no Estado, á requisição do governo deste, e

§ 4. Para garantir a execução das leis do Congresso Nacional e das sentenças dos tribunaes federaes.

Art. 5º—A cidade de Goyaz continuará a ser a capital do Estado, emquanto outra cousa não deliberar o Congresso.

os atos atinentes ao período estudado que tenham alguma repercussão no pleito, por “menores” que sejam, são integrantes do processo eleitoral, pouco importando a sua natureza, pois, em caso contrário, conforme se vê na prática, a segurança jurídica que deveria dimanar da simples inteligência do art. 16 da Constituição será garantida apenas pela complexa engenharia jurídica dos argumentos dos ministros do TSE ou STF que, por culpa do encerramento tardio do processo legislativo, somente às vésperas do início do processo eleitoral julgam a aplicabilidade da nova lei publicada a menos de um ano do pleito seguinte.

Destarte, a segurança jurídica eleitoral que deriva da anterioridade deve ser interpretada de forma que lhe seja garantida a eficácia plena, não se admitindo a flexibilização de seus significados. Afinal, por questões evidentes, é com a sua relativização que se alcançará a instabilidade prejudicial à democracia.

Com efeito, a mensagem do art. 16 não deveria constituir um princípio a ser ponderado, mas uma regra constitucional submetida à lógica do tudo ou nada.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Roberto Moreira de. Curso de Direito Eleitoral. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

CÂNDIDO, Joel J. Direito Eleitoral Brasileiro. 12. Ed. Bauru: Edipro, 2006.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001.

PINTO, Djalma. Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM PROPAGANDA ELEITORAL E A RACIONALIDADE DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS



Mara Rocha da Costa Rassi¹
Tatiana Fernandes de Oliveira²

RESUMO

Análise pelo paradigma pós-positivista da validade dos termos de ajustamento de conduta sobre propaganda eleitoral à luz do princípio da legalidade, pelo viés da teoria da racionalidade discursiva de Jürgen Habermas.

1. INTRODUÇÃO

O artigo apresentado visa analisar, pela ótica pós-positivista do ordenamento jurídico, com algumas contribuições da Sociologia Jurídica, de forma teórica, um tema que se fez presente nas eleições municipais no Estado de Goiás em 2008: a restrição da realização de propaganda eleitoral por meio de termos de ajustamento de conduta, celebrados pelo Ministério Público Eleitoral e as partes do processo eleitoral. O trabalho analisa as decisões monocráticas e acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás exarados em mandados de segurança, ações cautelares e recursos eleitorais nos quais candidatos, partidos e/ou coligações se insuflaram contra as restrições ao direito de realização de propaganda política eleitoral – previsto na Lei n.º 9.504/97 e na Resolução n.º 22.718/08 do Tribunal Superior Eleitoral – realizadas via Termos de Ajustamento de Conduta – TAC celebrados pelos órgãos ministeriais eleitorais em militância junto às zonas eleitorais e homologados judicialmente.

O segundo item apresenta a Sociologia Jurídica como alternativa à insuficiente perspectiva positivista de solução de conflitos. Verifica a validade de ser essa disciplina a proposta de construção do caminho de um direito atento às mudanças da comunidade, por entender que a fonte de todo o ordenamento é a própria sociedade por ele regida. São, assim, apresentados os contornos da Sociologia Jurídica e as razões por que pode ser ela o caminho epistemológico de criação e reconhecimento do direito achado na

¹ Graduada em Direito pela UFG. Pós-graduanda em Direito Eleitoral pela UFG. Analista Judiciário do TRE-GO.

² Graduada em Direito pela UFG. Pós-graduanda em Direito Eleitoral pela UFG. Técnica Judiciário do TRE-GO.

Rua – a exemplo das regras firmadas pelos TAC's – sem formalismos, distanciamento e abstrações dos códigos, objeto do ensino jurídico técnico, que é dito tradicional. Contextualizando a exposição, é feita a descrição do cenário fático em que as eleições municipais se desenrolaram, para compreender, pelo viés sociológico, como a regência da disputa eleitoral se dá na prática e os modos extraleais de regulá-la de acordo aos princípios constitucionais.

O terceiro item visa analisar a validade jurídica dos termos de ajustamento de conduta à luz do paradigma jurídico pós-positivista e do pensamento de Jürgen Habermas, contextualizando tal abordagem aos TAC's sobre propaganda eleitoral que, nas eleições municipais de 2008 no Estado de Goiás, foram objeto de questionamento. Explora de forma pontual a teoria da racionalidade discursiva, de Jürgen Habermas, e suas implicações quanto à validade dos TAC reguladores de nuances do direito de expressão político-partidária.

O quarto item se propõe a delinear a estrutura, o conceito, previsão, aplicação e princípios norteadores dos TAC's, à luz da Lei da Ação Civil Pública e da doutrina. O quinto capítulo, em seguimento à análise dos TAC, objetiva verificar, de acordo com dados estatísticos fornecidos pela Seção de Autuação e Distribuição de Processos- SEADP do TRE-GO, qual a orientação adotada pelo Colegiado Eleitoral goiano e pelos relatores nas decisões monocráticas relativas ao direito de realização de propaganda eleitoral mediante as cláusulas dos TAC homologados judicialmente.

Para a abordagem do problema proposto adotou-se o método indutivo, pois os dados estatísticos fornecidos pela seção competente serviram de base para, segundo uma perspectiva pós-positivista e crítica do direito, analisar a validade dos acordos celebrados como escopo já exposto, mas objeto de questionamento perante o TRE. O trabalho pautou-se na pesquisa bibliográfica e análise de estatística fornecida pela Seção de Autuação e Distribuição de Processos – SEADP do TRE-GO sobre as decisões em que foram confrontados os TAC.

2. PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA DO

DIREITO E A ANÁLISE CRÍTICA AO ORDENAMENTO JURÍDICO PELA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA – UM PASSEIO PELO CENÁRIO DAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS

A análise crítica ao ordenamento jurídico, como ferramenta necessária a sua evolução e melhoramento, nem sempre é feita pelos juristas com formação tradicional, segundo observam José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo³, ao falarem sobre a necessidade de ênfase em ciências como a Sociologia Jurídica na formação jurídica, para que o direito seja aproximado da realidade que se propõe a reger.

Isto, pois, para os autores, a formação jurídica dita tradicional, ministrada na maioria das Faculdades de Direito no Brasil, mantém o direito como um sistema dotado de regras, institutos e linguagem muitas vezes não compreendido ou não aceito e, por consequência, não respeitado ou obedecido pela maioria da população. Problema que põe em xeque não os mecanismos pelos quais o ordenamento pode-se fazer respeitar, mas a legitimidade do direito (im) posto à população pelas ditas vias democráticas.

O problema do distanciamento do sistema jurídico da sociedade pode ser mais bem visto quando focado nas eleições municipais, fenômeno sócio-jurídico típica e materialmente democrático. Elas têm como traço peculiar o confronto “corpo a corpo” dos grupos que disputam o poder político. A disputa não ocorre apenas no âmbito institucional, baseada na divisão dos grupos por partidos e coligações, mas de forma pessoal, individual, estando cada cidadão, entendido como eleitor votante, potencialmente envolvido no processo eleitoral do município no qual pequenas quantidades de votos bastam, muitas vezes, para decidir o resultado do prélio.

Não se nega que tal fenômeno também ocorra em eleições estaduais, federais e presidenciais. Todavia, torna-se menos nítido e distante de ser vivenciado, por serem esses prélios processos macros, com expandido e complexo espaço amostral, bem maior que o presente nas eleições municipais, já que a maioria dos municípios é composta por pequenas glebas. Nos municípios menores – que são a maioria, repita-se

³FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 28.

- os candidatos em regra são pessoas da própria região, portanto conhecidas, notórias na cidade cujo cargo é disputado e por isso de convívio acessível ao restante da população, que passa a acompanhar de muito perto o processo eleitoral formal e informal.

Processo eleitoral formal, que é desenvolvido perante o partido, a Justiça Eleitoral, indo da escolha em convenção pelo órgão partidário municipal ao registro de candidatura perante o juízo da zona eleitoral. Processo eleitoral informal, que consiste na formação de alianças em troca de favores que o acesso aos cargos políticos os permitirá fazer. Isto nada mais é que prática clientelista, conhecida na política brasileira, pois presente em nosso país desde as remotas épocas coloniais, conforme narram Cláudio Vicentino e Gianpaolo Dorigo no livro *História do Brasil – 2º grau*⁴.

Há brigas e enfrentamentos quase passionais, pois a realidade política mostra que o grupo que se sai vitorioso usa o poder adquirido para favorecer seus apoiadores, com empregos, cargos, funções nas prefeituras e câmaras municipais e outras benesses na medida em que os retira dos simpatizantes dos opositores no processo político. Tal fato pode ser notado por meio das mudanças feitas especialmente nas Prefeituras, quando um grupo político ascende ao poder em lugar de outro.

Essas questões não são relevantes para o ordenamento jurídico, se não ultrapassarem a legalidade posta. Todavia, analisando-as pela ótica crítica da sociologia jurídica, é possível identificar a prática clientelista, camuflada pelo discurso declarado de que os representantes eleitos pelo povo zelarão pelos interesses do povo na escolha das políticas públicas e gestão da *res publica*. Pode-se notar, pelos fatos cotidianamente narrados, que o envolvimento com o processo eleitoral ocorre pela busca do poder e, se alcançado, sua conseqüente fruição, ainda que à revelia dos interesses da comunidade. O campo de ligação da política ao direito, na era do Estado Democrático de Direito, cada vez mais se acentua, devendo o ordenamento jurídico, como regulador da expectativa de gerar justiça social, estar atento ao processo eleitoral, pois é a partir dele que os

detentores dos cargos que zelarão pelas decisões políticas mais fundamentais ao país serão escolhidos.

A tarefa de coibir abusos, regular condutas e expectativas dos cidadãos no processo eleitoral, enfim, as “regras do jogo”, foi cominada ao sistema jurídico eleitoral, que, diante da carência de efetividade quanto à lisura do pleito frente às práticas de abuso político, econômico e institucional pelos que pleiteiam cargos políticos, aguarda do Poder Legislativo uma verdadeira reforma política, iniciada sob a relatoria do Deputado Federal Ronaldo Caiado⁵. Já ao Poder Judiciário, neste processo, segundo a “Teoria de Freios e Contrapesos” (*Checks and ballances*), cabe pela observância dessas regras: meio de assegurar que a democracia, constitucionalmente prevista, exista na prática. É o Poder Judiciário representado, em primeira instância, pelo juízo eleitoral em militância na zona eleitoral. A ele é dado poder de polícia para que mantenha hígido o processo eleitoral, do princípio – que ocorre com o registro de candidaturas dos candidatos escolhidos em convenção – ao fim – que se dá com a diplomação dos candidatos eleitos. É a partir do deferimento do pedido de registro de candidatura que a campanha de fato começa, por meio da propaganda eleitoral, foco do trabalho em questão.

Diante das considerações sobre a rotina que permeia o processo eleitoral em municípios pequenos, compreende-se a importância das regras que limitam e descrevem a forma de realização de propaganda política eleitoral, previstas nos art. 36 a 62 da Lei das Eleições – Lei n.º 9504 de 30 de setembro de 1997 –, no Código Eleitoral, de forma esparsa no Título II, e em toda a Resolução n.º 22.718 de 2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Dotado de maiores funções constitucionais e instrumentos na defesa da sociedade, segundo preceitua o art. 128 da Constituição da República, atua o Ministério Público da União, por meio do Ministério Público Eleitoral - MPE, como importante órgão de fiscalização da regularidade, normalidade, moralidade e legitimidade das eleições.

No desempenho desta função, o MPE se utilizou, com fulcro no art. 5º, §6º e da Lei n.º

⁴VICENTINO, Cláudio & DORIGO, Gianpaolo. *História do Brasil*. 14ª ed. São Paulo: Ed. Scipione, 2002.

⁵Reforma política. Debates. Disponível em <http://www.tse.gov.br/eje/arquivos/publicacoes/seminario/html/ronaldo_caiado.htm> Acesso em 10 de abril de 2009.

7.347 de 1985 – Lei da Ação Civil Pública –, nas eleições municipais de 2008 no Estado de Goiás, de um instrumento jurídico chamado Compromisso ou Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, para realizar acordos com coligações, partidos e candidatos sobre o modo lícito e regular de exercer do direito de realização de propaganda eleitoral, visando resguardar os interesses da comunidade local frente à disputa política.

Devidamente homologados pelo órgão judicial, os TAC's fixam cláusulas que contratantes concordam em cumprir, motivo por que a Lei da Ação Civil Pública os dotou de eficácia de título executivo extrajudicial. Assim, quando descumpridos, legitimam a propositura de ação de execução do valor imposto como multa pelo descumprimento das condições que foram acordadas. Possui eminente valor preventivo, pois os sujeitos são cientificados de como o agir previsto em lei deve se dar na prática, evitando abusos e, por consequência, atuação do *Parquet* na via judicial para repressão de condutas vedadas.

A celebração de tais compromissos entre o órgão ministerial eleitoral e as partes envolvidas no processo eleitoral tem por objetivo principal a manutenção da regularidade social e legitimidade das eleições municipais. A briga pelo poder e a forma com que os grupos encaram as disputas políticas transformam, indubitavelmente, a rotina dos munícipes, com reflexos na forma de prestação dos serviços públicos, na condução das atividades locais, pondo em risco, de forma efetiva ou potencial, vários direitos fundamentais cuja tutela compete ao Ministério Público Eleitoral.

Celebraram os TAC's as coligações, entidades que, no período eleitoral, são tidas como pessoas jurídicas, assim como os partidos políticos, perante a Justiça Eleitoral no trato das questões eleitorais, representando os candidatos dos partidos que as integram; partidos políticos, em nome dos candidatos a ele filiados, bem como os próprios candidatos. Todos esses sujeitos, perante a Justiça Eleitoral, são capazes e detêm legitimidade para transacionar sobre as questões a eles afetas na disputa política.

Em razão da controvérsia existente sobre a admissibilidade ou não dos TAC's na seara

eleitoral, principalmente para restringir o direito de realização de propaganda política, vários candidatos, partidos e/ou coligações dos diversos municípios goianos se insurgiram contra a aplicação das multas aplicadas pelo descumprimento das regras pactuadas entre eles e o MPE, constantes em TAC's homologados pelo juízo eleitoral.

O principal argumento é a alegação de que a prática de propaganda eleitoral que o legislador não proíbe não pode ser restringida pelo *Parquet* eleitoral, razão por que o TAC, que foi homologado judicialmente e serve de fundamento para a ação de execução por quantia certa em razão da multa prevista por descumprimento do acordo, é eivado de ilegalidade e por isso nulo.

O órgão máximo da Justiça Eleitoral pátria ainda não proferiu decisão no RESPE n.º 28.478, oriundo do Ceará, no qual foi questionado o cabimento da celebração de tais acordos para tratar de matéria eleitoral⁶. No recurso especial, foi levantada a tese de que os TAC's apenas poderiam ser firmados para a proteção de direitos transindividuais, categoria em que não se enquadra o direito eleitoral, verdadeiro ramo de direito público que disciplina temas afetos à cidadania e ao processo democrático de escolha dos representantes do povo. O acórdão atacado reconheceu que apenas o juízo eleitoral poderia exercer poder de polícia, não cabendo ao MPE a prática de medidas preventivas sobre propaganda eleitoral. Em contrapartida, o MPE observou que o TAC é instrumento eminentemente preventivo, cabível na defesa de uma gama variada de direitos, sem que haja qualquer vedação legal ou lógica à sua aplicação em matéria eleitoral, principalmente para coibir violações a bens jurídicos, para os quais a tutela jurídica ordinária muitas vezes é insuficiente. Tais instrumentos desempenham papel de suma importância na regulação do exercício do direito de propaganda eleitoral, para vedar abusos de grupos que se valem do ordenamento imposto para manter o *status quo*, ou seja, reprodução das desigualdades sócio-econômicas por meio dos códigos e das leis.

Esse é o cenário em que a validade jurídica das normas sobre propaganda eleitoral nas eleições municipais e a faticidade do processo

⁶MPE questiona se Termo de Ajustamento de Conduta pode ser acolhido pela Justiça Eleitoral Disponível em: <<http://tse.jus.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=957291>> Acesso em 25 de abril 2009.

eleitoral se desenvolveu em 2008. Ainda que conhecidas pelos órgãos de instâncias superiores, a realidade vivenciada pela população dos municípios, bem como suas necessidades, permanecem distantes das decisões proferidas, apegadas, em sua maioria, ao formalismo das questões processuais ou à letra fria da lei, de um 'direito' (im)posto por representantes populares, cuja legitimidade representativa é questionável, para atender aos interesses de grupos ou *lobbies*, não da população em geral.

Adstritas aos termos da lei, tais decisões afastam o direito da legitimidade popular, sendo respeitado não pela crença de ser legítimo, mas por derivar de Leviatã e pela ameaça de sanção (via *hobbesiana* de legitimação), ou seja, por instrumentos de violência e coação, inadequados quando se busca construir, na prática, um Estado Constitucional Democrático. Pela perspectiva sociológica, nota-se, pois, a crise do paradigma dogmático em questão, pois a técnica jurídica caminha distante da sociedade e os instrumentos de reflexão do ordenamento são escalpelados do ensino jurídico, conforme alertam José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo⁷:

Ao definir “as tarefas dos juristas e só dos juristas”, essa postura cria um fabulado “campo científico” que, sem sutilezas, suprime os espaços em que a Sociologia Jurídica e, por extensão, a própria realidade social ocupam na reflexão do direito.

A Sociologia Jurídica é apresentada por José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo como alternativa à insuficiente perspectiva positivista de solução de conflitos, ou seja, como uma nova forma de análise da controvérsia enfrentada e que deve permear o ensino e a aplicação do direito, pois o princípio fundamental que a orienta⁸ é entender que o

centro de gravidade do desenvolvimento do direito não se encontra na legislação, nem na ciência jurídica, mas sim na própria sociedade.[...] Ocorre que, nos campos minados pelos obstáculos epistemológicos que caracterizam nossas escolas de direito, o centro de gravidade da “ciência jurídica” continua sendo a lei.

Para os autores, a Sociologia Jurídica é a proposta por meio da qual pode ser construído o

caminho de um direito atento às mudanças da sociedade, pois essa ciência entende que a fonte de todo o direito - seja ele estatal ou encontrado na rua - não é outra que não a sociedade por ele regida. Assim, a validade dos TAC's, no que se refere à legitimidade da fonte produtora da norma, pode ser resolvida. Sendo fruto dos anseios da sociedade e para atender às necessidades locais, razão não há para questionar as obrigações geradas por meio deles, verdadeira espécie de direito “achado na rua”.

3. ANÁLISE DA VALIDADE JURÍDICA DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA À LUZ DO PARADIGMA JURÍDICO PÓS-POSITIVISTA E DO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS

A análise da validade dos TAC's firmados pelo Ministério Público e pelos sujeitos eleitorais - coligações, partidos ou candidatos - sobre a realização de propaganda eleitoral nas eleições municipais de 2008 requer necessariamente a ponderação de valores consagrados na Constituição, como o direito de expressão, o pluralismo político, a moralidade e a lisura das eleições, dentre outros. Isto equivale a dizer que a análise estritamente legal dos TAC's, à luz do paradigma positivista, mostra-se inadequada, já que o atual enfoque de análise do ordenamento é neoconstitucionalista. Não apenas regras jurídicas- mandamentos de definição - têm validade, mas também os princípios - mandamentos de otimização - segundo Robert Alexy⁹. A nova visão de Estado Constitucional determina que as leis e os demais atos normativos sejam analisados à luz da Constituição, e não o contrário, pois dela irradia todo o fundamento de validade do ordenamento infraconstitucional. Estas são as balizas para análise dos termos de ajustamento de conduta, previstos no art. 5º, §6º da Lei da Ação Civil Pública - Lei n.º 7.347 de 1985.

Assim, a legitimidade do exercício do poder está diretamente ligada à observância das regras jurídicas do legislador constituinte originário. Tais normas, num estado moderno e democrático, são baseadas na razão, não mais em

⁷ FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia Jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 34

⁸ FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit. p. 37.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

argumentos metafísicos, típicos do período dos Estados Absolutistas ou do pensamento jusnatural. Ao se livrar das justificativas metafísicas, de ordem teocrática ou jusnatural, o direito necessariamente teve que procurar a essência de sua legitimidade. Nesse caminho, vários autores, como Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau, Montesquieu, Max Weber ergueram teorias sobre a forma pela qual o ordenamento jurídico, num Estado de liberdades civis, em que, em tese, a todos os homens, vistos como seres iguais, foram dados liberdade e direitos políticos, poderia legitimar-se e então impor-se aos cidadãos enquanto indivíduos, não mais súditos.

Dentre tais teorias, destacam-se as idéias de Max Weber, na obra *A Ética Protestante e o Espírito Capitalista*, para o qual nos Estados modernos a forma de funcionamento de estruturas modernas – como o Estado e o Direito – condicionada a processos burocráticos pré-estabelecidos (como se fossem formulários ou rotinas de produção fabril) fundamentaria o funcionamento do ordenamento jurídico, tal como se esse fosse uma máquina feita pelo homem e que, após a criação, por meio da Constituição, não necessitaria de reparos ou intervenção humana para funcionar. Motivos bastantes para que o direito auto-justificasse sua existência e não devesse questionar sobre sua legitimidade após o ato de criação.

Tido como um grande expoente dentre os autores clássicos, Weber sofreu críticas, surgindo, na medida em que o paradigma do Estado liberal entrava em declínio – pela ruína da ficção burguesa de tratar a todos, inclusive os materialmente desiguais, como iguais –, autores contemporâneos que explicaram, de forma diferente, o processo de legitimidade do direito em sociedades plurais como fundamento e modo de exercício do poder político. Falam-se de plurais as sociedades marcadas pela necessidade de respeito às diferenças, às minorias, e efetivação material de direitos e garantias previstos no ordenamento como compromisso feito pelo poder constituinte originário no ato de estruturação do Estado para assegurar aos seus cidadãos condições dignas de existência.

Jürgen Habermas, importante filósofo da

Escola de Frankfurt, na Alemanha, debruçou-se sobre o tema e na obra *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade* explicou a reconstrução do sentido, da significação do direito e do poder político, à luz da teoria da racionalidade discursiva, para encontrar a fonte de onde o direito retira sua legitimidade e, por consequência, sua validade. Habermas defende que o processo de juridificação deve se estender ao fenômeno político, pois dele depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito. O filósofo alemão pretende reconstruir a ligação entre direito e política, estando na contramão das idéias kelsenianas de que o direito, entendido apenas como o fruto da regulação estatal, não poderia retirar seu fundamento de validade dos valores da sociedade, mas sim de um ato jurídico que lhe fosse hierarquicamente superior, restando à norma hipotética fundamental o papel de fundamentar a Constituição, no ápice do ordenamento jurídico posto.

Habermas discorda dessa legitimação, pois defende que o poder político é pressuposto ao poder jurídico e esse apenas se estabiliza, cria identidade, por meio do ordenamento jurídico, especificamente, por meio de direitos fundamentais, a partir dos quais grupos organizados da sociedade ganham voz e assim o legitimam. Fala o autor¹⁰:

O direito à positivação política autônoma do direito concretiza-se, finalmente, em direitos fundamentais que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos.

Ao contrário dos autores positivistas, como Hans Kelsen, Habermas preocupa-se com a tensão entre a facticidade e a validade do direito, ou seja, entre o que ocorre na sociedade, entre as relações que são diuturnamente estabelecidas entre os homens, por meio do discurso racionalmente fundamentado, e o que é objeto do direito regulador dessa mesma sociedade. Nesse raciocínio, especula sobre o conteúdo do direito, não apenas sobre os processos formais de produção do estatuto jurídico. Nisto se contrapõe a Weber, autor marcado pelo apego à forma, aos comportamentos por tipos ideais, pré-definidos, para o qual tudo o que tiver forma de direito,

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. Volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

independentemente do conteúdo, será tido como direito. Neste contraponto às idéias weberianas sobre a legitimação do direito, fala Habermas¹¹ que:

A idéia de Estado de Direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma de direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade.

A socialização horizontal dos civis, para Jürgen Habermas, é o passo inicial, primitivo do contrato social delineado por Rousseau. Neste estágio, estariam os acordos de ajustamento de conduta, firmados em matéria eleitoral, por exemplo. Isto, pois, tais acordos são fruto da voz de atores legitimados – coligações, partidos e/ou candidatos – considerados iguais e livres perante a Justiça Eleitoral no desenrolar do prélio municipal. Sendo livres e iguais em direitos e obrigações e dotados esses entes de razão, legítimos e válidos podem ser tidos os acordos por eles firmados com o MPE para restringir o que não está vedado pelo ordenamento - regras jurídicas não estatais - mas plenamente válidas por advirem do processo comunicativo e racional de trato do poder em relação a direito disponível, como o é o direito de realização de propaganda política.

Insiste Habermas em dizer que a validade das regras jurídicas está diretamente condicionada à legitimidade – não ao procedimento – que permeia sua elaboração e formação na vontade popular por meio de um poder comunicativo, construído à luz da racionalidade discursiva. Analisar a validade dos TAC's torna-se tarefa mais simples que pontuar a validade dos atos jurídicos por entes eleitos que representem toda a comunidade nos órgãos legislativos. Isto, pois, a distância entre sujeitos representados e representantes é muito menor nos acordos de ajustamento de conduta do que a noção de democracia representativa nos órgão legiferantes. Com isso, menor é a distorção entre a vontade de

fato existente e a vontade racionalmente declarada pelo discurso ao firmar o compromisso de submissão a cláusulas pactuadas para um determinado período de tempo e em certo local pelos sujeitos envolvidos no processo de comunicação.

Assim, entes pactuantes esclarecem quais as expectativas de conduta podem ter uns em relação aos outros e legitimam a adoção de medidas sancionadoras para proteger o que foi pactuado, mais uma vez regulando expectativa de comportamentos, para proteção de bens constitucionalmente relevantes. Ao celebrarem acordos com o MPE, os entes do processo eleitoral esclarecem as condutas permitidas, como quantidade de carreatas, passeatas, comícios, adesivações, horários para a transitarem carros de som, dentre outras formas permitidas de realização de propaganda eleitoral, já sabendo que esta é a conduta, o comportamento que deve ser esperado dos demais. Igualmente tornam-se cientes de que, em caso de inobservância aos termos pactuados, sujeitar-se-ão à aplicação de multa em valor pré-determinado.

Ficam cientes também da conduta a ser tomada pelo membro ministerial, também adstrito ao acordo, de maneira que não poderá ofertar representação por ilegalidade de conduta realizada nos termos do pactuado, devendo permanecer na fiscalização da normalidade, moralidade e legitimidade das eleições. O questionamento dos TAC's por meio de Recursos Eleitorais, Ações Cautelares ou Mandados de Segurança atinge não o plano da validade do instrumento atacado – se é ou não contrário à disposição expressa de lei –, mas sim a legitimidade do processo de sua formação.

Podem ser considerados válidos, segundo a teoria *habermasiana*, porque são formados de forma livre por sujeitos capazes, racionais e com poderes de transigir sobre direitos disponíveis, criando para as partes verdadeira regra jurídica não estatal extraída de um consenso racionalmente obtido no processo de comunicação. Não se pode ignorar o fato de que o apego à defesa da lei ou das demais fontes estatais de produção do direito - como únicas fontes de onde possam derivar a restrição a direitos ou imposição de deveres - é meio ardiloso de

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. Volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

perpetuação da ordem de dominação. O mito de que a lei, por ser geral, abstrata e universal, é justa por esses atributos e pelo suposto tratamento isonômico às pessoas, há muito é questionado, como diz Luiz Guilherme Marinoni¹²,

Perceba-se que, quando se afirma que a lei é fruto do pluralismo das forças sociais e, muitas vezes, da coalizão dessas forças, não se nega que a sua fonte de produção seja o Estado, mas, quando se desloca a perspectiva do pluralismo de formação da lei para o pluralismo de fonte, evidencia-se que o direito não tem mais origem no poder estatal. Com isso, enterra-se outra marca do positivismo clássico, que via o direito na lei editado pelo Estado.

Estando enterrado o positivismo, motivo não existe para negar a validade de regras e princípios jurídicos que não sejam de fonte legislativa estatal, como os acordos de ajustamento de conduta. Ainda que não seja reconhecida a validade dos TAC's pelo questionamento da legitimidade de sua formação, tais acordos podem encontrar respaldo, no caso concreto, à luz dos preceitos constitucionais por meio deles efetivados. Para tanto, basta que o aplicador do direito esteja atento à existência de um novo paradigma de direito constitucional, chamado de neoconstitucionalismo, cujos traços, segundo o magistério de Pedro Lenza¹³, são:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados (i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas do final do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos, resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do direito.

Nenhum dos TAC's que foram combatidos perante o TRE-GO foi realizado à revelia das vedações legais, mas sim nos espaços em que a legislação não proibiu ou condicionou a prática do exercício do direito a uma certa

conduta. Não houve supressão ao direito de realização de propaganda eleitoral. Poder-se-ia entender que, no caso concreto, por meio da técnica de ponderação de interesses, tal direito teve sua dimensão temporariamente restrita, por manifestação de vontade bilateral das partes, em prol dos interesses da comunidade exposta a tal propaganda.

Argumentar a indisponibilidade do direito de realização de propaganda eleitoral é, por argumentos positivistas, descabido, à luz do raciocínio do “quem pode o mais, pode o menos”. Isto, pois, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de que qualquer sujeito disponha do próprio corpo para fins de transplante de órgãos. Assim, se foi admitida a disponibilidade relativa do direito à integridade física, bem jurídico de inquestionável valor, com maior razão a disponibilidade de realização de propaganda eleitoral de forma mais restrita que a prevista de forma abstrata no ordenamento positivado.

Este foi o entendimento da decisão monocrática do Relator Jurista, Dr. Antônio Heli de Oliveira, do Mandado de Segurança n.º 301, relativo às eleições municipais de 2004, segundo o qual não há qualquer vedação ao firmamento de termo de compromisso para pactuar restrições não vedadas por lei, em nome da ordem local, em respeito ao princípio da autonomia da vontade.

Portanto, é inegável o valor jurídico dos TAC's celebrados pelo *Parquet* Eleitoral junto aos sujeitos do processo eleitoral municipal de 2008, pois a restrição ao direito de propaganda eleitoral, como a limitação à quantidade de carreatas, horário de funcionamento de carros de som, soltura de fogos de artifício, comícios, dentre outras formas de expressão e agregação de eleitores, foi realizada por sujeitos capazes, em torno de direito disponível e em prol dos interesses da ordem local, cujas peculiaridades não constam no texto genérico e abstrato da Lei n.º 9.504/97 ou da RES TSE 22.718/08.

Respeitar as diferenças onde elas existem é compreender que o processo democrático é feito por pessoas desiguais, mas que se submetem às mesmas regras, pois essas regras são fruto da

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13a ed. . rev., atual., ampl.. São Paulo, Ed. Saraiva: 2009. p 12

vontade racional, revelada por meio do discurso dos sujeitos uns com os outros sobre formas de ação e expectativa de comportamentos.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE OS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O Termo de Ajustamento de Conduta – TAC está previsto na Lei nº 7.347 de 1985 - Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 5º, § 6º, cuja regulamentação foi feita pelo artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90, formadora do microssistema de tutela coletiva. Prevê que os órgãos públicos legitimados tomem, dos interessados, compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências jurídicas, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial. É instrumento com o qual adapta-se a conduta dos interessados às exigências legais e às necessidades e valores da sociedade, descobertos pela análise atenta do conteúdo dos acordos normativos.

São eles forma de resolver, fora de juízo, os potenciais conflitos que envolvam interesses metaindividuais, por meio da ação dos órgãos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, como o Ministério Público Eleitoral, via inquérito civil público. Para a doutrina majoritária, a qual se filia Édís Milaré¹⁴, é o TAC instrumento de transação, pois previne o litígio ou lhe dá fim, sendo título executivo extrajudicial ou judicial que tornam líquida e certa a obrigação.

O surgimento do compromisso de ajustamento de conduta se confunde com a consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que representa um instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público na defesa dos interesses transindividuais. A nova ordem constitucional incumbiu o Ministério Público do papel principal na tutela dos direitos transindividuais. E o fez não só pela via jurisdicional, mas principalmente estabelecendo um terreno fértil para soluções extrajudiciais eficazes, dentre as quais destaca-se o compromisso de ajustamento de conduta pela garantia de execução que encerra. O ajuste de conduta pressupõe o reconhecimento de um fato determinado, que pode ser um agir ou uma omissão, o qual possa causar violação a um direito

transindividual.

Por meio dele se realiza um pacto com o responsável pelo fato, de forma a se evitar o dano ou a repará-lo integralmente. Assim, o ajuste de conduta não visa a substituir a atividade jurisdicional ou representar qualquer tipo de concessão em torno do objeto do compromisso, mas sim buscar a conciliação pré-processual quando se revele mais apropriada, mais breve e mais justa. Nisto consistiu a atuação do Ministério Público Eleitoral perante os entes envolvidos no processo político municipal de 2008. Ao fixar cláusulas claras sobre o modo como a realização de direito de propaganda eleitoral seria formal e materialmente devido, não exorbitou o Ministério Público das suas funções. Ao contrário. Atuou de forma preventiva ao interesse público de regularidade e normalidade das eleições.

Os acordos de compromisso respeitam os princípios do acesso à justiça, pois é meio célere de solução de controvérsias e não limita o acesso ao Poder Judiciário, que não pode ser objeto de renúncia ou de transação. É o TAC acordo eminentemente de tutela preventiva, pois quer evitar a ocorrência de dano, adequando a conduta dos sujeitos ao conteúdo material da norma. Por essa razão, é classificado como verdadeira tutela inibitória: evita a prática de atos ilícitos, ou a continuidade de sua ocorrência, haja ou não um dano configurado ao direito transindividual. Assim, tal como a tutela inibitória judicial o ajuste estabelece como deve ser a conduta do obrigado daí por diante em relação à observância daquele direito.

Como protege direitos transindividuais, têm os acordos de compromisso natureza de tutela específica, pois não importa o ressarcimento em pecúnia, mas sim a efetiva prestação atinente ao direito protegido, como o pluralismo político, que não é direito individual, patrimonial e por isso disponível. Por meio da negociação, tenta-se encontrar solução que proteja os interesses em questão.

5. TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA QUESTIONADOS NO TRE/GO NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2008

¹⁴ MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2005. p. 900

A Corte Eleitoral de Goiás recebeu em 2008 dezoito processos que questionavam a aplicação dos TAC's, firmados pelos partidos políticos, coligações e candidatos com o Ministério Público Eleitoral, muitos deles diante dos Juízes Eleitorais, com o principal objetivo de manter a ordem, o sossego, a segurança e a limpeza nas cidades onde os acordos eram celebrados, durante o período de campanha em 2008.

Da leitura das peças ofertadas, constata-se que, apesar da anuência dos participantes e de seus advogados por ocasião das assinaturas dos termos, grande parte deles demonstrou insatisfação no cumprimento das cláusulas acordadas, recorrendo à segunda instância para obter a declaração da invalidade das cláusulas e - eventualmente de todo o acordo - que regulavam condutas previstas na legislação em vigor.

Da análise das 18 (dezoito) decisões proferidas, apenas em sete houve avaliação do mérito, e em todas houve a suspensão dos efeitos de cláusula do TAC que restringisse o dispositivo legal apontado, com exceção do Mandado de Segurança n.º 502. Essa é a *ratio decidendi* das decisões do Recurso Eleitoral – RE n.º 5207, de Ipameri, e do Mandado de Segurança – MS n.º 448, de Paraúna, que consideraram que as restrições à propaganda eleitoral somente podem se originar de lei em sentido estrito e que o acordo de ajustamento de conduta não pode revogar a Resolução n.º 22.718/08 do TSE, muito menos Lei ordinária federal vigente e válida (Lei n.º 9.504/97).

O mesmo ocorreu em sede de provimentos cautelares e medidas liminares nos Mandados de Segurança 501 e 533, que permitiram a realização de propaganda vedada por cláusula prevista no TAC, sob a alegação de que, no caso, deveria preponderar o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Diante dos casos analisados, constata-se a prevalência do positivismo como princípio norteador das decisões da Corte Eleitoral em Goiás, sem qualquer abertura para as correntes que defendem uma forma dialogada de formação

de normas entre as partes, como Harbermas e Viehweg, dentre outros. Como falado, apenas no Recurso Eleitoral n.º 5207, proveniente da zona eleitoral de Ipameri, houve decisão colegiada e os ímclitos julgadores, atentos apenas à redação literal da Lei n.º 9.504/97 e da Resolução 22.718/08 TSE, reformaram a sentença na qual havia sido aplicada multa por descumprimento de compromisso de ajustamento de conduta, por entender que não poderia o TAC fazer restrição a direitos onde o legislador não a fez.

No julgamento do RE 6039, de Itapaci, seguiu-se a linha decisória adotada no RE 5559, de Novo Brasil, de que os Termos de Ajustamento de Conduta em matéria eleitoral não podem criar proibições não previstas pela legislação eleitoral, criando vedações aos candidatos que não estejam em estrita consonância às previstas nas leis e resoluções eleitorais, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF/88).

Já no RE 5503, de Padre Bernardo, houve alteração do valor da multa imposta pelo TAC, por descumprimento não de obrigação autônoma nele fixada, mas de texto da Lei das Eleições, nele reproduzida – proibição de propaganda eleitoral em órgãos públicos-, demonstrando não ser respeitada a normatividade do acordo quanto à sanção nele fixada. No RE n.º 5555 de Mozarlândia, a decisão condenatória do recorrente à multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) foi anulada, havendo em seguida a extinção do processo sem resolução do mérito, diante da falta de instrução processual quanto à alegação de violação ao TAC.

No Mandado de Segurança – MS n.º 444, oriundo de Aragarças, houve a prolação de decisão monocrática que extinguiu o feito sem resolução do mérito, por perda do objeto do mandamus, pois à época da decisão já estava ultrapassado, nas eleições de 2008, o período da propaganda eleitoral. A mesma situação ocorreu no Mandado de Segurança - MS n.º 462, proveniente de Minaçu. Já a Ação Cautelar - AC n.º 200, também originária de Paraúna, obteve decisão monocrática, negando a liminar, por considerar ausentes os requisitos de *fumus boni jûris* e *periculum in mora* que deveriam ser perceptíveis de plano para a concessão da medida cautelar.

No Mandado de Segurança - MS nº 448 de Paraúna, via decisão monocrática, foi concedida liminar para suspender os efeitos de cláusula do TAC que restringia texto de lei. A MM. Juíza do TRE, Dra. Elizabeth Maria da Silva, considerou que:

em que pese ser o desejo de toda a sociedade que os partidos, coligações e candidatos, desde o início da campanha eleitoral, sejam comprometidos com o respeito à ordem pública e apesar, também, da grande quantidade de reclamações levadas à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público Eleitoral quanto à perturbação do sossego alheio, o abuso de instrumentos sonoros e a poluição visual causada pela prática abusiva dos atos de campanha eleitoral, tenho que qualquer acordo firmado com o intuito de discipliná-los deve submeter-se ao regramento legal vigente.

Afirmou ainda que “a restrição de direitos outorgada aos candidatos pela referida cláusula do TAC lesa o princípio da legalidade que estabelece que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei', previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal”.

O Mandado de Segurança – MS nº 502, procedente de Morrinhos, foi julgado extinto, sem julgamento de mérito, por considerar o impetrante carecedor de interesse para pleitear a ineficácia do TAC, que foi firmado pela iniciativa do próprio impetrante. Nesse importante julgado, a decisão de primeira instância foi mantida sob o fundamento de que reformá-la seria permitir a existência de comportamentos contraditórios, já que da Coligação impetrante teria partido a iniciativa de celebração do acordo de conduta para reger o modo de realização de propaganda política, vindo ela mesma, e no momento em que ela própria deveria cumprir o pactuado, assim como as demais coligações, a questionar a validade jurídica do TAC.

No Mandado de Segurança - MS nº 501, de Joviânia, por meio de decisão monocrática, concedeu-se tutela liminar, para assegurar à Coligação impetrante o direito à realização de propaganda eleitoral através da passeata prevista para o dia 27.09.08. Não respeitou a aplicação de cláusula do TAC, que havia transacionado pela realização de caminhada em outra data. O Mandado de Segurança - MS nº 528, proveniente de Caçu, foi julgado como prejudicado o objeto da

ação mandamental, por meio de decisão monocrática proferida após as eleições. No mesmo sentido, o mandado de Segurança - MS nº 531, de Nerópolis, por meio de decisão monocrática proferida após as eleições, foi julgado extinto o processo, sem julgamento de mérito, por perda do objeto. Ainda, no mesmo sentido, o Mandado de Segurança - MS nº 494, oriundo de Firminópolis.

No Mandado de Segurança - MS nº 533, originário de Goiânia, por meio de decisão monocrática, concedeu-se a liminar, permitindo à impetrante a realização de conduta que o TAC vedava, em respeito ao princípio da legalidade, “no sentido de que “o que não é proibido é permitido”. No Mandado de Segurança - MS nº 538, de Planaltina, foi determinado o arquivamento do processo sem julgamento de mérito, por perda do objeto, também em decisão monocrática. No mesmo diapasão, no Mandado de Segurança MS nº 509, oriundo de Firminópolis, monocraticamente foi julgado extinto o processo sem julgamento de mérito.

Da análise dos julgados expostos, conclui-se que as decisões do TRE se ampararam na dimensão formal do princípio da legalidade (art. 5º, II CR/88). Nos casos analisados, a Corte julgadora não considerou a realidade das comunidades locais e os valores que, na prática, deveriam ser assegurados, como a faceta material do exercício devido do direito de propaganda eleitoral.

As decisões goianas não consideraram, pelo analisado, a faceta material do devido processo legal, a ser observado tanto na formulação da regra jurídica, quanto na aplicação dessas regras, a fim de que o exercício do poder – legislativo e jurisdicional – seja devido. Não atentaram as decisões para o fato de que os termos de ajustamento de conduta foram o meio pelo qual, de forma preventiva, o Ministério Público Eleitoral adequou as disposições previstas em abstrato na Lei 9.504/97 e da RES. TSE 22718/08 ao interesse das comunidades locais.

CONCLUSÃO

A verificação da validade dos acordos de ajustamento de conduta firmados no processo eleitoral de 2008 requer uma reflexão inicial sobre

a forma como o ordenamento jurídico é entendido pela sociedade e pelos aplicadores do direito. Nesse sentido, valendo-se das observações da Sociologia Jurídica, expôs-se o contexto fático em que as eleições municipais ocorrem, para aproximar o debate sobre a validade ou não dos termos de ajustamento de conduta à realidade fática em que foram celebrados e homologados pelos juízes eleitorais. É sabido que o processo eleitoral brasileiro nos municípios é conturbado, por sentimentos muitas vezes até passionais, principalmente pela forma mais próxima como a população vê a escolha dos representantes dos poderes locais. Raras não são as notícias de violência, confronto entre grupos locais e até mesmo homicídios nas eleições municipais.

Atentos, presentes e próximos a esse contexto, estão juízes eleitorais e membros do Ministério Público Eleitoral, aos quais compete assegurar a lisura do processo eleitoral.

A rejeição dos TAC's firmados pelo MPE sustenta a tese de que o órgão ministerial abusou de suas prerrogativas institucionais ao fixar restrições à realização de propaganda eleitoral não previstas na Lei 9.504/97, tampouco na RES TSE 22.718/08. Em tais instrumentos normativos não consta, por exemplo, a quantidade de carreatas que cada coligação, partido ou candidato pode realizar. Não consta em tais regramentos jurídicos a vedação à quantidade excessiva de comícios, “adesivações”, distribuição de panfletos, realizações de reuniões e eventos em detrimento da regularidade da ordem do município em que são realizados. Assim sendo, onde não houve restrição pelo legislador, não caberá ao intérprete restringir, pois, à luz do princípio da legalidade, o que não for vedado por lei é permitido ao cidadão fazer.

Na contrapartida a estes argumentos, surge a proposta de fundamentação das decisões judiciais à luz do paradigma jurídico pós-positivista, verdadeiro marco teórico do Estado neoconstitucional surgido após a 2ª Guerra Mundial, para o qual a validade do ordenamento jurídico é condicionada à observância das normas constitucionais, entendidas como um conjunto de regras e princípios jurídicos dotados de normatividade e aos quais deve ser dada a máxima efetividade quando aplicados no caso concreto.

À luz de uma nova interpretação constitucional, que também é feita para atender à demanda do Estado Democrático de Direito, supera-se a interpretação literal dos dispositivos legais e passa-se a privilegiar, segundo a técnica de ponderação de interesses, no caso concreto, o dispositivo constitucional que resguarde o valor jurídico de maior peso, sem que o outro seja expurgado do ordenamento, pois a redução ao núcleo essencial do direito é feita somente no mínimo necessário.

Ademais, no Estado Constitucional Democrático, a legitimidade do direito leva aos aplicadores a questionar sobre o que é conteúdo do direito e qual a fonte de produção deste direito. O fundamento positivista do Direito, enraizado em Kelsen, cede lugar à construção de normas pela racionalidade discursiva de Habermas, que atenta para o problema da legitimidade do Direito, bem como da via de sua produção, para reger as questões políticas fundamentais do Estado. No Estado Constitucional de Direito deve ter voz a discussão sobre a legitimidade das normas impostas por processos formais para a construção da Democracia, devendo possuir valor instrumentos jurídicos não literalmente formais que regulem condutas e expectativas, visando o bem comum. Nisto poderia residir o fundamento sociológico e jurídico de validade dos Termos de Ajustamento de Conduta, celebrados por sujeitos capazes e por meio de um discurso racionalmente motivado, com regras em torno de interesses da sociedade e por isso dotadas de plena validade, assim como os dispositivos da lei estrito senso.

A questão em si trouxe a necessidade de analisar qual o fundamento do ordenamento jurídico. E nisto a teoria da Racionalidade Discursiva e do Poder Comunicativo, de Jürgen Habermas, mostrou que nos Estados modernos, pós-metafísicos, a validade do direito está condicionada à legitimidade deste mesmo direito. Sendo que esta legitimidade é construída no processo de aceitação e formação racional e dialogada do direito entre os sujeitos da sociedade. Nesse sentido, a validade dos termos de ajustamento de conduta não seria fustigada, pois seriam eles exímios produtos do poder comunicativo exercido entre os sujeitos detentores de interesse e legitimidade na condução do processo eleitoral.