

10º ENCONTRO CIÊNCIA POLÍTICA E A POLÍTICA:
MEMÓRIA E FUTURO
Associação Brasileira de Ciência Política

Belo Horizonte
30 de agosto a 2 de setembro - 2016

*EXPLORANDO “O MARAVILHOSO MISTÉRIO DO TEMPO”:
As hipóteses de “perda de objeto” como evidência de virtudes passivas no Supremo
Tribunal Federal (STF).*

José Mário Wanderley Gomes (UNICAP)

Flávia Danielle Santiago Lima (UNICAP)

Draft paper

Belo Horizonte,

2016

RESUMO

A Suprema Corte Brasileira (STF) utiliza argumentos formais para se eximir do julgamento de conflitos submetidos pela revisão judicial concentrada? Nos últimos 20 anos, o STF tem negado julgamento a um crescente número de processos, alegando a presença de defeitos formais, principalmente em decorrência da chamada “perda superveniente do objeto” – quando sobrevém a revogação ou a alteração substancial da norma questionada em sua constitucionalidade – isto é, quando, em razão da demora na apreciação do conflito, a aludida norma deixa de existir ou de produzir efeitos. Esta pesquisa parte da hipótese de Bickel (1962) de que as Cortes se utilizam deliberadamente das virtudes passivas – técnicas de auto restrição, geralmente de natureza processual, que facultam à corte evitar a apreciação de um caso – para buscar entender o fenômeno institucional da “perda de objeto”. Neste sentido, dados relativos aos casos em que ocorreu a “perda de objeto” foram colhidos no sítio do STF e submetido a inferências estatísticas, com a finalidade de explicar, através de modelagem, este comportamento omissivo da Corte

PALAVRAS-CHAVES: revisão judicial; judicialização da política; ações diretas de inconstitucionalidade; autocontenção; virtudes passivas; perda superveniente do objeto.

Introdução.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é exercido tanto sob o âmbito difuso, quanto de forma concentrada, pois é possível obter pronunciamentos da mais alta Corte (Supremo Tribunal Federal) através de recursos ou de instrumentos processuais específicos, cuja utilização, é restrita, pela própria Constituição, a poucos agentes políticos relevantes, a exemplo do Presidente da República, dos partidos políticos e do Procurador Geral da República (TAYLOR, 2008).

A Constituição Federal Brasileira de 1988, além de solidificar as bases já existentes do controle de constitucionalidade, prevê uma série de instrumentos para a provocação da revisão constitucional concentrada, dentre os quais, o que apresenta maior utilização e maior relevância nos cenários jurídicos e políticos é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), proposta mais de cinco mil vezes, ao longo de mais de vinte anos de existência da Constituição Federal, apreciando temas de grande relevância, contidos em legislação federal e estadual (TAYLOR, 2008; VIANNA et al., 1999).

Perceber as consequências políticas do comportamento dos órgãos judiciais quando do controle de constitucionalidade de atos estatais, bem como, as variações destas consequências conforme os arranjos institucionais e os contextos históricos-políticos envolvidos, apresenta-se como objeto a ser estudado e compreendido pelos cientistas sociais de nossa época.

Neste sentido, a revisão judicial é identificada pela maioria dos estudos em Direito e em Ciência Política como atividade contingente do jogo político (TAYLOR; DA ROS, 2008), ou seja, como potencial estratégia alternativa aos interesses derrotados na esfera legislativa, utilizada com a finalidade de obter a aplicação judicial dos limites constitucionais à atividade legislativa.

Entretanto, dados originais coletados das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade apontam na direção oposta: **a autorestrição**. A Corte vem demonstrando, ao longo dos últimos vinte anos, uma tendência cooperativa com os interesses do Poder Executivo, quando acionada pelos mecanismos de controle de constitucionalidade (revisão judicial), seja confirmando a constitucionalidade da legislação, seja ainda simplesmente deixando informalmente de julgar um grande número de conflitos.

Tome-se por exemplo a seguinte situação: na data de **30 de outubro de 2013**, foi editada a Lei Federal nº 12.875, cujo teor alterava outra Lei Federal anterior, de nº 9.504/97 (que estabelece normas gerais sobre eleições), fixando

novos critérios para a distribuição entre os diversos partidos políticos e coligações, do horário destinado à divulgação da propaganda eleitoral gratuita pelas emissoras de rádio e de televisão.

Inconformado com os referidos critérios e se sentindo prejudicado por suposta perda de espaço de tempo na propaganda eleitoral gratuita e, por consequência, de sua importância nas possíveis coligações eleitorais vindouras, o Partido Republicano Progressista – PRP propôs, **em 04 de setembro de 2014**, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 5.159, alegando a inconstitucionalidade das referidas normas sobre a divisão proporcional do tempo partidário de rádio e de televisão.

Sustentava que “a nova lei (Lei n. 12.875/2013), conquanto tenha tido o objetivo não velado de obstaculizar a criação de novas agremiações partidárias, ante a proibição de migração de quota do Fundo Partidário, bem como do tempo de propaganda no rádio e na televisão, acabou, em verdade, por se revelar também como uma manobra arbitrária, casuística e inconstitucional dos Partidos majoritários para minimizar ainda mais o tempo de rádio e televisão dos Partidos minoritários”.

Por esses motivos, a citada legenda partidária argumentou que tais normas seriam incompatíveis com os artigos 1º, 5º, 14 e 17 da Constituição Federal de 1988 e solicitou ao Supremo Tribunal Federal a respectiva declaração de inconstitucionalidade e a imediata suspensão de seus efeitos, para que pudesse se beneficiar da propaganda partidária gratuita conforme os critérios previstos na legislação revogada.

Tal processo tramitou na Corte até a data de **1º de outubro de 2015**, quando finalmente foi julgado de forma inusitada: a Corte, à unanimidade, entendeu que a apreciação da alegada inconstitucionalidade das regras eleitorais questionadas estaria prejudicada pela **perda superveniente do objeto** (*lack of grounds*), isto é, para os Ministros do Supremo Tribunal Federal não faria sentido àquele momento discutir a constitucionalidade da forma como a Lei Federal nº 12.875/2013, que fixou a divisão do tempo de propaganda partidária, **pois esta teria sido revogada posteriormente** pela Lei Federal nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, publicada poucos dias antes do julgamento.

Esta surpreendente relação entre o tempo do julgamento e a impossibilidade da apreciação da questão constitucional pela Corte – diante da revogação da legislação questionada por norma posterior – seria obra do acaso ou o fruto de uma sofisticada estratégia de autocontenção adotada como reação aos atores envolvidos, ao tema do conflito e/ou às possíveis e indesejadas consequências práticas de eventual julgamento favorável?

Tal comportamento aproxima-se do que Bickel (1962) ao analisar o comportamento da Suprema Corte norte-americana chamava de “virtudes passivas”: uma técnica institucional que permitiria ao julgador, no exercício da sua prudência, **agir estrategicamente**, de maneira a retardar a análise de assuntos problemáticos até o momento em que a sociedade estivesse pronta para lidar com eles, sem que houvesse o comprometimento dos princípios, tampouco do sistema democrático.

O instrumento institucional mencionado permitiria aos membros de qualquer Tribunal, diante do indesejável dever de julgar conflitos politicamente relevantes, v.g., como são todas as questões da revisão judicial constitucional, utilizarem-se de argumentos formais para evitar o julgamento e deixar a condução da política às instâncias constituídas mediante vontade da maioria (LIMA, 2014).

Esta pesquisa parte da hipótese de Bickel (1962) de que as Cortes podem utilizar deliberadamente das **virtudes passivas** – técnicas de autorestrição, geralmente de natureza processual, que facultam à corte evitar a apreciação de um caso – para buscar entender o fenômeno institucional da “perda de objeto” reiteradamente verificado no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, dados relativos aos casos em que ocorreu a “perda de objeto” foram colhidos no sítio do STF e submetido a inferências estatísticas, com a finalidade de explicar, através de modelagem, este comportamento omissivo da Corte, a partir de variáveis categóricas possivelmente correlacionadas com o comportamento estratégico abstensivo da Corte Constitucional Brasileira.

1. Judicialização da política e comportamento abstensivo na revisão judicial: as virtudes passivas de Alexander Bickel.

A judicialização corresponde ao processo em que as regras, procedimentos e discurso jurídico permeiam quase todos os aspectos da vida moderna, cujas instituições sociais acabam por adotar mecanismos “quase-judiciais” (GALANTER, 1993). Já a judicialização da política é um conceito operacional mais específico: refere-se à nova dinâmica entre as agências jurídicas e o ambiente político; trata destas interações em seus aspectos institucionais e analisa suas repercussões no comportamento dos atores políticos e jurídicos (KOERNER; MACIEL, 2002). Neste contexto, são as escolhas posteriores das cortes que definem seu papel, pois devem fazer opções e eleger suas “batalhas” cuidadosamente, limitando os conflitos àqueles em que podem vencer ou agir de forma mais agressiva e provocar contra-ataques (GINSBURG, 2003).

O fenômeno manifesta-se numa dimensão substantiva, correspondente às respostas das cortes, estudada a partir da categoria “ativismo judicial”. É a confirmação de uma propensão ao ativismo que confirmaria a completude – ou não – da judicialização da política (CARVALHO, 2005).

Mas o que é ativismo judicial? Trata-se de uma discussão compartilhada entre cientistas políticos e juristas, com as características específicas e leituras distintas de cada abordagem (GREEN, 2009).

Entre os cientistas políticos, parte-se de uma perspectiva quantificável para, diante dos dados coletados, avançar em outras discussões, com análise das causas e repercussões de uma tendência ou não ao ativismo judicial. Inicialmente, a caracterização de um aspecto quantitativo ou contramajoritário era preponderante, preocupados com a frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalidava as normas e demais atos dos outros poderes estatais (HOWARD; SEGAL, 2004), sobretudo do Legislativo Federal¹. Afastam-se, assim, de um juízo valorativo acerca da intervenção judicial, na busca pela compreensão de uma continuidade ou não entre as posturas de ativismo – e eventualmente, autocontenção.

Recentemente, há um esforço na avaliação de aspectos mais substanciais do debate, para além das estatísticas. No alargamento do objeto de estudo e

¹ Há um consenso doutrinário sobre a aferição do grau de ativismo da Suprema Corte a partir da invalidação da legislação federal. Cogita-se que esta espécie legislativa representa a vontade política nacional, de modo que a atuação dos tribunais, neste sentido, seria mais crítica ou controversa. (CROSS; LINDQUIST, 2009; SUNSTEIN, 2005).

aproximação ao debate jurídico, Frank B. Cross e Stefanie Lindquist (2009) estabelecem padrões para abordagem do ativismo ou a definição de uma “timidez”, tendo em conta dois referenciais: o institucional e ideológico. No plano institucional, a avaliação pode ser feita a partir dos parâmetros da constitucionalidade: (a) da revisão judicial dos estatutos federais; (b) da revisão judicial das normas estaduais; (c) da revisão judicial das ações da administração federal, inclusive das agências independentes; (d) do emprego das doutrinas de “justiciabilidade” (da garantia de acesso, portanto, às cortes federais); (e) da propensão da Suprema Corte a “derrubar” seus precedentes anteriores. Já a “dimensão ideológica” implica no estudo dos padrões para a invalidação das normas, precedentes ou ações administrativas de “adversários” políticos, tomando-se aqui, como critério, a inevitável (nos EUA) distinção entre magistrados “liberais” ou “conservadores”.

Retomados estes critérios, a caracterização de um ativismo judicial depende da constatação de uma **tendência** das cortes a interferir nos demais poderes – invalidando suas decisões ou estabelecendo critérios para sua atuação - afastando-se dos cânones aplicáveis à atuação judicial – normas, precedentes, doutrina.

Em contrapartida, a autorestrição pode ser caracterizada por uma contenção do judiciário. É possível esboçar uma concepção inicial de autorestrição, representada, em acordo com Richard Posner (2012), por três significados principais: (I) a noção de que os juízes são aplicadores do direito, mas não o produzem (perspectiva legalista-formalista); (II) a necessidade de deferência a outros agentes políticos (modéstia, competência institucional e outros); e (III) a perspectiva de juízes altamente relutantes em declarar inconstitucionais atos do legislativo e executivo.

As dimensões da autorestrição apresentariam contradições entre si, mas constituem facetas da tentativa de compreender os limites para a atuação judicial. Tecnicamente, haveria uma contradição entre a primeira e a terceira dimensões, considerando que é possível que a compreensão normativa impeça ou dificulte a caracterização de uma autocontenção judicial (POSNER, 2012). Este parâmetro de autorestrição demandaria que o juiz não possuísse uma teorização clara de interpretação constitucional. Isto porque, se presente uma dada construção, esta o impediria de manter a norma ainda quando vislumbrasse sua inconstitucionalidade (POSNER, 1983, p. 20).

A concepção de autorestrição demanda uma dada visão do Poder Judiciário e seu papel numa democracia, cambiável em conformidade com as variáveis concepções jurídicas. Mas contempla a necessidade de inserção das cortes num ambiente político - às voltas com a necessidade de aceitabilidade de suas decisões -

e as dificuldades - inclusive técnicas - que enfrenta para o exercício de sua atividade.

Neste sentido, teve-se a notável contribuição de Alexander Bickel, em seu livro publicado em 1962, *"The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics"*. O autor, ao tentar compreender o papel da Suprema Corte e demais tribunais nos EUA, defendia que sua atuação se justificaria pela proteção dos princípios fundamentais da sociedade. Reconhecia, porém, que o sucesso da revisão judicial dependia, em última análise, da aceitação popular destas decisões.

Segundo Bickel (1962, p.16-18), a "revisão judicial é uma força contramajoritária no nosso sistema" e conseqüentemente, "uma instituição desviante na democracia americana". Quando a corte invalida os atos dos poderes sujeitos aos processos eleitorais, este controle é exercido "não em nome da maioria dominante, mas sim contra esta", o que atribui à pequena minoria um poder de veto sobre a maioria. Conforme o autor, "isso, sem conotações místicas, é o que realmente acontece"².

Em verdade, a premissa contramajoritária é o ponto de partida para um instigante debate sobre as notas distintivas da atividade da Suprema Corte e dos demais tribunais quanto às desempenhadas por Legislativo e Executivo (BICKEL, 1962). Enquanto os ramos majoritários estão sujeitos às pressões de vários grupos e interesses para a produção de resultados imediatos, em julgamentos de conveniência que, voltados às necessidades materiais prementes, apenas os tribunais – especialmente a Suprema Corte - são dotados das características essenciais para articular valores permanentes de forma contínua e consistente. A responsabilidade especial destes órgãos é agir como porta-vozes (*"pronouncers"*) e guardiões dos valores estáveis (*"enduring values"*) da sociedade.

Seus membros, afastados dos embates de interesses, possuem a formação e o isolamento necessários para "seguir os caminhos do erudito na prossecução dos fins de governo"³. E a atividade da corte deve basear-se unicamente nestes princípios duradouros, nestes ideais sociais, para apreciar a constitucionalidade da ação dos demais poderes.

Tem-se aquilo que Bickel denomina de "tensão lincolniana" (BICKEL, 1961, p. 49) entre princípio e consentimento, em que se assenta o "sistema democrático

² "counter-majoritarian force in our system", "a deviant institution in the American democracy", "it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now", "exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.", "That, without mystic overtones, is what actually happens". (BICKEL, 1962, p. 16-18)

³ Nas palavras do autor, "the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government". (BICKEL, 1962, p. 25-26)

de governo” e no qual a “instituição da revisão judicial deve desempenhar o seu papel” e tentar alcançar alguma medida de consonância, numa acomodação entre estes dois elementos fundamentais.

O conflito entre as noções de princípio e consentimento direciona ao tribunal um problema complexo, pois, para exercer sua atividade, precisa reduzir a tensão a um nível tolerável. A corte não deve prescindir dos princípios fundamentais, mas deve estar atenta à realidade em que se insere. Nesta complicada equação, segundo Bickel, a doutrina constitucional e o próprio tribunal se olvidam do tríplice poder que este último possui, considerando que seu espectro de possibilidades não se limita apenas às opções de manutenção ou anulação de uma norma diante de sua incompatibilidade com os princípios. A corte conta, ainda, com a opção de nada fazer, o que torna viável a manutenção da “tensão entre o princípio e a oportunidade”, sem o comprometimento daquele (BICKEL, 1962, p. 69).

As virtudes passivas são argumentos jurídicos – geralmente de cunho processual – que facultam à corte eximir-se da apreciação de um caso que lhe fora submetido. Assim, pode afirmar a sua incompetência para decidir, a ausência de legitimidade ativa do requerente, a “falta de maturação” da causa, lançar mão da doutrina das “questões políticas”, dentre outros argumentos típicos do sistema judicial norte-americano, ainda que assemelhados às construções processuais de outros ordenamentos⁴.

Apesar de discorrer longamente sobre estas virtudes passivas, apontando as diferenças entre estas técnicas, Bickel não apresenta padrões ou princípios que auxiliem o tribunal na opção entre seu emprego ou não, tampouco na escolha do “instrumento” a serem utilizadas⁵. Tal questão também não envolveria sabedoria acadêmica, mas habilidade na arte do “compromisso” e uma “familiaridade com as formas”, ou, como prefere o próprio autor, o exercício da arte da prudência, distinto do juízo de princípio (BICKEL, 1962, p. 26).

Para ele, essas técnicas constituem instrumentos à disposição dos juízes, deixando às instituições eleitorais a condução da política, ao se excluírem desta. Ao

⁴ Destacam-se, entre os requisitos para análise de um tema pela Suprema Corte, elementos como “*cases and controversies*” (delimitação da temática de ordem constitucional), “*standing to sue*” (a prova do interesse da parte na solução do conflito), “*precedent*” ou “*stare decisis*” (a vinculação às decisões anteriormente proferidas), “*comity*” (esgotamento das instâncias prévias) e as já debatidas “*political questions*” (deve-se demonstrar que se trata de um debate eminentemente jurídico).

⁵ “*The passive devices that I have canvassed do not produce constitutional decisions. They do nor check or legitimate on principle. They are not themselves principled, they do not operate independently, and the variables that render them decisive cannot be contained in any principle*”. (BICKEL, 1962, p. 205)

utilizar este expediente, o tribunal agiria como um “animal político” (BICKEL, 1961, p. 51).

A opção pelo emprego das virtudes passivas pode espelhar, ainda, a consciência de suas limitações. Ao abordar a doutrina das questões políticas, Bickel lembra que esta construção é amparada no senso de “falta de capacidade”, consistente em diversos fatores que, no conjunto, representam a vulnerabilidade interna de uma instituição que, numa “democracia madura”, é eleitoralmente irresponsável e não tem força para impor suas decisões (BICKEL, 1962, p.184).

A vantagem inicial do emprego destas técnicas parece assentada: evitar que a corte posicione-se definitivamente, em prejuízo da sua função de guardião dos princípios, ou confronte a opinião pública e os poderes majoritários. Ao deixar a questão em aberto, mantém-se fiel aos seus compromissos.

As virtudes passivas possibilitam ainda que a corte explore o “maravilhoso mistério do tempo” (BICKEL, 1962, p.26), em suas diversas implicações. Por vezes, na oportunidade posterior de julgamento, pode-se concluir que chegou o momento de abordar diretamente a questão, mesmo que fundamentada em princípio contrário à expectativa popular. Para mitigar o impacto da decisão contrária às majorias, Bickel sugere o uso de “instrumentos retóricos” (BICKEL, 1962, p.188).

Em outras hipóteses, o tribunal adia a resposta porque tem dúvidas quanto ao princípio controlador ou sobre seu sentido. Embora os princípios sejam duradouros, o autor entende que sua formulação projeta grandes sombras para o futuro. Para solucionar sua incerteza, emprega soluções provisórias, que lhe permitem avaliar as reações do público e dos agentes governamentais, de sorte a construir seu entendimento. Assim, ao invés de simplesmente postergar o debate, a corte desempenha uma função pedagógica, utilizando essas decisões provisórias como uma estratégia de persuasão lenta, para avançar com idéias que já articula em sua forma final.

Seu argumento é que o período posterior à decisão seja aproveitado para a construção de um diálogo ou, como prefere o autor, um “colóquio” entre os ramos de governo acerca das questões de princípio envolvidas. Deste modo, ao optar por não decidir, é possível que a “*tensão lincolniana*” seja atenuada ou até dirimida por estes diálogos, e o tribunal alcance uma melhor compreensão das questões envolvidas, para sua adequada resolução (BICKEL, 1962, p. 206-261). Quando, finalmente, decide julgar, pode haver uma aceitação generalizada do resultado, pois o debate já estaria amadurecido na opinião pública.

2. Acaso ou estratégia: a superveniente “perda de objeto” na revisão judicial concentrada.

O que viria a ser a alegada **perda superveniente do objeto** e como esta circunstância afetaria a continuidade das ações diretas de inconstitucionalidade? A compreensão deste fenômeno demanda enfrentar uma questão formal (técnico-processual), prevista na legislação processual civil brasileira, relacionada à formação e à continuidade válidas de um processo: o interesse processual.

O interesse processual diz respeito à necessidade e à utilidade do julgamento de um processo por um órgão individual ou colegiado do Poder Judiciário (CUNHA, 2002; BEDAQUE, 2016): a propositura de uma ação significa a provocação (chamado) do Poder Judiciário para que interfira em um conflito de interesses, caracterizado pelo suposto descumprimento pela parte contrária de uma norma, seja estatal ou seja contratual.

Devem os órgãos judiciais, desse modo, verificar a presença de um conflito a ser solucionado, como condição para a formação e para a continuidade válida de um processo. Nestes termos, a ausência prévia de um litígio a ser solucionado ou o encerramento posterior (por qualquer motivo) de um litígio existente caracterizariam **um grave defeito formal**⁶, que levaria imediatamente à extinção (encerramento) do processo e prejudicaria o julgamento da questão controversa, evitando processos injustificáveis ou que não possuam utilidade social (BEDAQUE, 2016).

Exemplificando a primeira situação (propositura da ação apesar da inexistência de conflito a ser solucionado pelo Judiciário), ter-se-ia algumas situações hipotéticas: a) o pedido judicial de restituição de tributos indevidamente recolhidos quando os mesmos créditos tiverem sido objeto de requerimento administrativo prévio de compensação perante o fisco; b) o servidor que por descuido requer em juízo a implantação de uma gratificação já incorporada aos seus vencimentos; c) a impetração de mandado de segurança contra ato administrativo supostamente nulo mas que não produziu qualquer efeito em relação à parte autora; d) o requerimento judicial de concessão de aposentadoria quando tal benefício jamais foi negado pelo órgão previdenciário.

Por outro lado, para a segunda situação (encerramento posterior de um litígio previamente existente) pode-se visualizar outras hipóteses: a) a aposentadoria posterior de servidor ou de empregado que pretendia a manifestação judicial sobre

⁶ A norma processual contida no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil afirma não ser caso de julgamento do conflito pelo Poder Judiciário quando ausente o interesse processual.

suas condições de trabalho; b) a condenação definitiva do acusado ocorrida antes do julgamento de processo em que se discutia sua prisão preventiva; c) discussão sobre a validade formal de uma lei orçamentária anual após a execução de todos gastos previstos para aquele exercício; d) processos que teriam por fundamento a edificação irregular em área de preservação ambiental quando legislação posterior altera a destinação da área, passando a permitir a construção de prédios comerciais; e) a verificação da maioria civil do filho alcançada durante processo no qual se discutia o seu direito a receber pensão alimentícia de seu pai.

É esta segunda situação que configura o alegado prejuízo no julgamento **por perda superveniente de objeto**: o Poder Judiciário estaria impossibilitado de julgar a questão que lhe foi submetida, em virtude da verificação de fatos ocorridos durante o processo, cujas consequências, em tese, encerrariam o litígio. Desaparecia, portanto, o interesse processual quando não se pudesse mais extrair qualquer utilidade a partir do julgamento do processo (THEODORO JUNIOR, 2016).

Usa-se o argumento da *perda de objeto* para extinguir o processo ou recurso, sempre que algum evento ulterior venha a prejudicar a solução da questão pendente, privando-a de relevância atual, de modo que se tornaria meramente acadêmica ou hipotética a decisão a seu respeito (THEODORO JUNIOR, 2016, p.1037 – destaque no original).

No que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade (revisão judicial abstrata), reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal (v.g., ADIs nº 2097, 520, 2118, 763) têm entendido que ocorre o prejuízo por perda superveniente de objeto (a despeito da norma alegadamente inconstitucional vier, ou não, a produzir efeitos concretos) quando, durante a tramitação do processo, a referida norma for revogada ou ocorrer alteração posterior no texto constitucional, que convalide a situação antes incompatível com a Constituição Federal.

A título de exemplos, na ADI nº 2971 o Supremo Tribunal Federal considerou a perda superveniente do objeto pela posterior reforma, via emenda constitucional, da norma superior incompatível com a legislação questionada; já na ADI nº 5160, a mesma Corte entendeu presente o fenômeno processual pela revogação da legislação orçamentária impugnada em momento posterior à instauração do processo.

Seriam tais situações simples obras do acaso ou a consequência de uma postura estratégica dos julgadores frente a litígios cujo julgamento importaria à Corte custos políticos desnecessários?

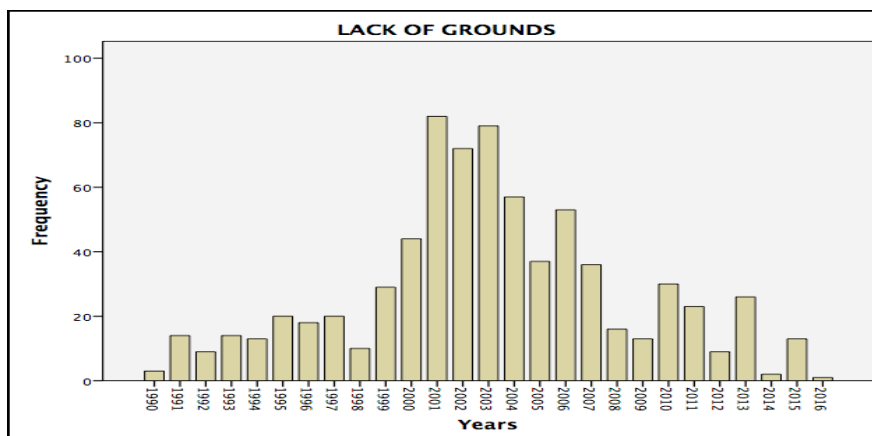
As circunstâncias do caso referenciado na introdução deste trabalho (ADI nº 5159) dão-nos indícios contrários a uma mera ocorrência de força maior e/ou ou

caso fortuito, capaz de tornar o processo defeituoso e impedir o seu julgamento: a legislação questionada não foi revogada logo após a propositura da ação.

Do contrário: o processo tramitou durante meses, sem que houvesse uma decisão, e, poucos dias após a notícia da revogação da lei, foi efetivamente julgado, alegando-se o prejuízo pela *perda superveniente do objeto*, um vício de forma antes inexistente mas que impediria que o Supremo Tribunal Federal decidisse sobre a inconstitucionalidade da referida lei eleitoral.

Não se trata de uma situação isolada: no universo de 5.546 (cinco mil, quinhentas e quarenta e seis) ADIs apresentadas ao longo dos 27 (vinte e sete) anos de vigência da Constituição Federal brasileira, um significativo conjunto de 743 (setecentos e quarenta) processos foi julgado prejudicado por perda superveniente do objeto (13,4% do total). Trata-se de um recorrente comportamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, permanecendo inertes frente à questionada inconstitucionalidade e somente julgando os processos quando configurada a hipótese de perda de objeto.

Graph #1 – lack of grounds per year



Font: Author's original dataset from decisions available at Brazilian Supreme Court's website

O termo *autorestrição*, dentre muitas definições existentes, pode ser compreendido como sendo um princípio político substantivo utilizado por juízes, quando provocados a decidir certos conflitos, para o não exercício da revisão judicial, em circunstâncias cujas características incentivem o afastamento do órgão judicial supremo de suas funções primárias (POSNER, 1983).

Em silêncio, os membros da Corte suprema brasileira tomam uma postura, em situações cujo custo do julgamento lhes pareça demasiado – *v.g.*, frente aos outros poderes constituídos, aos seus pares, à opinião pública etc. – de simplesmente entregar o litígio ao “maravilhoso mistério do tempo” (BICKEL, 1962),

assumindo o risco dos efeitos concretos da norma, enquanto os litígios supostamente eram resolvidos “de forma espontânea”.

E por que fariam isso? A literatura oferece o modelo estratégico de explicação do comportamento judicial, segundo o qual fatores externos afetam as decisões judiciais, a partir da preocupação do julgador sobre as consequências daquele caso particular para a sociedade e das expectativas de outros atores em relação ao julgamento (v.g., dentre outros, DAHL, 1957; EPSTEIN e KNIGHT, 1998; CALDEIRA et al., 1999; TAYLOR, 2008).

Para o modelo estratégico, o comportamento judicial é explicado na antecipação abstrata das consequências e implicações (pragmática), que podem (ou poderiam) resultar de seu posicionamento sobre uma questão constitucional controversa submetida mediante um processo judicial.

Constrangimentos externos ao órgão judicial são capazes de produzir uma rede de incentivos institucionais favoráveis a que os atores judiciários comportem-se de maneira estratégica, ou seja, ponderando os custos e benefícios que poderiam ter que suportar, a partir dos eventuais resultados de suas decisões (MURPHY, 1964), seja julgando de uma certa maneira ou seja simplesmente deixando de julgar, a partir de alguma justificativa técnica.

É justamente neste ponto que se retoma o argumento de Bickel (1962), relativo às virtudes passivas: parte-se da hipótese segundo a qual o Supremo Tribunal Federal utiliza a espera deliberada e o consequente argumento da perda superveniente do objeto como ferramenta técnica de auto restrição (de natureza processual) que faculta à Corte evitar a apreciação de um caso.

Nestas situações, ao invés de assumir os custos de declarar expressamente sua opção pela auto restrição ou de julgar a constitucionalidade do ato, os órgãos julgadores utilizam o tempo como seu aliado, retardando o julgamento até que seja verificada a alteração nas circunstâncias de fato que envolvem o litígio e, por consequência, seja prejudicado o julgamento por perda superveniente do objeto.

3. “Virtudes passivas” em ação: quais fatores influenciam a decisão pelo prejuízo do julgamento por perda de objeto?

A análise do comportamento judicial, especialmente quando se trata de decisões de grande repercussão e de evidentes consequências políticas – *v.g.*, a discussão sobre a constitucionalidade de uma norma editada pelo Congresso ou pelo Executivo – é tema relevante na agenda de pesquisas em Direito Público e, principalmente, em Ciência Política.

"If judges have a substantial amount of discretion in deciding cases, then it is important to know the motives and the value systems which influence their exercise of discretion. [...] If the law is the way judges behave, then judicial behavior is a key to the law" (PRITCHETT, C.H., 1969, p.36).

Entender porque os juízes decidem desta ou daquela maneira permite uma compreensão mais aprofundada da dinâmica interativa entre as diversas instituições que integram o Estado brasileiro, contribuindo para descobrir novas dimensões do papel exercido pelo Direito e pelos juízes na arena política, bem como as consequências de seu comportamento para a democracia.

Ao optar pela autorestrição, os juízes apresentam os mais diversos argumentos para não invalidar os atos judicializados, recusando-se, expressa ou tacitamente, e em diversos níveis, ao exercício do poder que lhe foi institucionalmente atribuído e consequentemente reduzindo este poder em relação ao Executivo e ao Legislativo (POSNER, 1983; LIMA, 2014).

Tal como mencionado anteriormente, as virtudes passivas (técnicas institucionais de natureza processual) são úteis para justificar o não exercício da revisão judicial por órgão do Poder Judiciário, quando presentes circunstâncias que incentivem a autorestrição. Saber quais fatores influenciam a decisão, que reconhece o prejuízo do julgamento por perda de objeto, nítida expressão das referidas virtudes passivas, permite a tentativa de explorar primitivamente (no ambiente institucional brasileiro) o território da autorestrição judicial.

No universo de 5546 ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) foi colhida uma amostra aleatória de 681 casos, dos quais foram extraídas e codificadas as variáveis analisadas, com nível de confiança em 95% e intervalo de confiança em 3.52%, a partir do acervo de informações publicamente disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF)⁷.

⁷ Available at: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>

Foi codificada uma variável dependente binária para o resultado do processo (1 = lack of grounds; 0 = no lack of grounds), bem como codificadas variáveis explicativas categóricas (*dummies*)⁸ para os tipos legislativos, o tempo de duração do processo, as atitudes (características pessoais) dos julgadores e os requerentes da revisão judicial. Em seguida, as variáveis foram submetidas a uma regressão logística binária, ou simplesmente, regressão *Logit*: um tipo de análise estatística por regressão, utilizado para prever o resultado de uma variável dependente categórica binária, com base em uma ou mais variáveis explicativas.

A análise estatística dos dados colhidos nesta pesquisa mostra que, em relação aos requerentes, isto é, aos atores políticos autorizados a utilizar a revisão judicial concentrada (Constituição Federal, artigo 103), os **partidos políticos** – como bem ilustra a decisão judicial sobre regras eleitorais mencionada acima – são aqueles com maiores chances de ter uma ação julgada prejudicada por perda de objeto.

Table 1 – Logit Model for plaintiff's block

	B	S.E.	Wald	df	Sig.	Exp(B)
The President	-18,958	40192,970	0,000		1,000	0,000
House of Deputie's Board	-18,958	28420,722	0,000		0,999	0,000
State's Legislative Board	2,022	1,265	2,555		0,110	7,550
Governors	,905	1,090	0,690		0,406	2,472
General Prosecutor	1,436	1,081	1,766		0,184	4,205
National BAR	1,347	1,130	1,420		0,233	3,845
Political Party	1,997	1,081	3,413		0,065	7,366
National Unions	1,175	1,085	1,172		0,279	3,238
Constant	-2,245	1,072	4,384		0,036	0,106

U = 5546 cases; Sample = 681

Dependent Variable: result (1 = lack of grounds, 0 = no lack of grounds)

Font: Authors' original dataset from decisions available at Brazilian Supreme Court's website

Ajustado o modelo estatístico desta pesquisa pelo método *foward stepwise* (condicional) – um procedimento estatístico disponível no pacote SPSS e utilizado para ajuste de modelos, em situações nas quais exista um grande número de potenciais variáveis explicativas, em que cada preditor é incluído, um a um, na equação, excluindo a interferência das demais variáveis e exibindo apenas aquela de maior correlação com a resposta (ABBAD e TORRES, 2002) – a variável **partido político** mostra-se correlacionada com o resultado esperado (1).

⁸ Não foram encontrados na análise da amostra colhida resultados estatísticos significativos que permitam inferir neste momento qualquer relação de causalidade ou influência entre o resultado perda de objeto (1) e as espécies legislativas questionadas, as atitudes dos juízes, bem como o tempo necessário ao julgamento.

Table 2 – Logit Model ajusted by *foward stepwise* method

	B	S. E.	Wald	Df	Sig.	Exp (B)
Political Party	.821	.204	16,252	1	.000	2,272
Constant	-1.058	.097	117,961	1	.000	.347

U = 5546 cases; Sample = 681

Dependent Variable: result (1 = lack of grounds, 0 = no lack of grounds)

R² = 0.33

Font: Authors' original dataset from decisions available at Brazilian Supreme Court's website

Conforme sustentam Taylor e Da Ros (2008), os partidos políticos, notadamente aqueles de oposição ou que representem interesses minoritários, em algum momento derrotados na arena legislativa, utilizam a revisão judicial concentrada como tática de oposição, com o fim de retardar, impedir, desmerecer ou, simplesmente, declarar (aos seus eleitores e ao público em geral) a oposição a determinadas leis.

Embora a escolha deste caminho seja exitosa para dar visibilidade à posição do partido, contrária ao conteúdo da legislação, não se pode dizer o mesmo quanto ao resultado do julgamento: no ambiente do Supremo Tribunal Federal, os partidos políticos possuem 7 (sete) vezes mais chances de sua pretensão de revisão judicial de um ato legislativo ser julgada prejudicada pela perda superveniente do objeto.

Se os partidos políticos judicializam suas demandas, numa lógica de expor a disputa política, essa escolha não encontra respaldo no comportamento da Suprema Corte brasileira. As evidências coletadas mostram que, quando se trata de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) proposta por partido político, os Ministros do Supremo Tribunal Federal utilizam uma *virtude passiva* – a situação de prejuízo no julgamento por perda de objeto – como instrumento institucional, de natureza processual, que viabiliza a autorestrição, ao justificar o não julgamento do litígio.

Diante de eventuais custos políticos que possam resultar da decisão (positiva ou negativa) sobre a constitucionalidade da norma objeto da ADI, há uma clara opção por adiar a atividade judicial pelo tempo necessário a que ocorra a perda do objeto, configurando o aludido defeito formal superveniente – uma escolha que se enquadra nas características do modelo estratégico explicativo do comportamento judicial e a demonstra, nestes casos, uma postura autorestrita da Corte.

Conclusões

Ao longo das últimas décadas, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no ambiente da revisão judicial concentrada, tem negado a possibilidade de julgamento, sob o argumento da presença de defeitos formais, a um número crescente de processos, especialmente arguindo o prejuízo ao julgamento por perda superveniente do objeto.

Tal situação configura-se quando durante a tramitação do processo, a referida norma for revogada ou ocorrer alteração posterior no texto constitucional, que convalide a situação antes incompatível com a Constituição Federal.

Em silêncio, os membros da Corte suprema brasileira tomam uma postura, em situações cujo custo do julgamento lhes pareça demasiado – *v.g.*, frente aos outros poderes constituídos, aos seus pares, à opinião pública etc. – de simplesmente entregar o litígio ao “maravilhoso mistério do tempo” (BICKEL, 1962), assumindo o risco dos efeitos concretos da norma, enquanto os litígios supostamente eram resolvidos “de forma espontânea”.

Seriam tais situações simples obras do acaso? As evidências empíricas coletadas nesta pesquisa apontam em sentido contrário: demonstram que este comportamento seria a consequência de uma postura estratégica dos julgadores frente a litígios cujo julgamento imporia à Corte custos políticos desnecessários, que lhe foram submetidos por partidos políticos via revisão judicial concentrada.

Tal postura dos membros da Corte confirma a hipótese de Bickel (1962), segundo a qual as Cortes, diante de situações indesejáveis, utilizam-se deliberadamente das **virtudes passivas** – técnicas de auto restrição, geralmente de natureza processual, que permitem evitar a apreciação de um caso.

Referências

ABBAD, G.; TORRES, C. V. (2002). Regressão múltipla *stepwise* e hierárquica em Psicologia Organizacional: aplicações, problemas e soluções. **Estudos de Psicologia**, n.7.

BEDAQUE, J. R. S. (2016). Comentários ao artigo 485. In: WAMBIER, T. A. A. et al. (Coord.) **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais.

BICKEL, A. M. (1961). The Supreme Court, 1960 Term. Foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, n. 75, p. 40-75.

BICKEL, A. M. (1962). **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill.

CALDEIRA, G. A., WRIGHT, J. R., & ZORN, C. J. (1999). Sophisticated voting and gate-keeping in the Supreme Court. **Journal of Law, Economics, and Organization**, 15(3), 549-572.

CARVALHO, E. R. (2005). **Revisão abstrata de legislação e judicialização da política no Brasil**. São Paulo: USP.

CROSS, F. B.; LINDQUIST, S. A (2009). **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press.

CUNHA, L. J. C. da (2002). **Interesse de agir na ação declaratória**. Curitiba, Juruá.

DAHL, R. A. (1957). DECISION-MAKING IN A DEMOCRACY: THE SUPREME COURT AS A NATIONAL POLICY-MAKER. **JOURNAL OF PUBLIC LAW**, 6, 279.

EPSTEIN, L.; KNIGHT, J. (1998). **The Choices Justices Make**. Washington, D. C., Congressional Quarterly.

GALANTER, M. (1993). Direito em abundância: a actividade legislativa no Atlântico Norte. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 36, p. 103-145.

GINSBURG, T (2003). **Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases**. New York: Cambridge University Press.

GREEN, C. (2009). An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, p. 1195-1264.

HOWARD, R. M.; SEGAL, J. A (2004) A preference for deference? The Supreme Court and judicial review. **Political Research Quarterly**, v. 57, n. 1, p. 131-143.

KOERNER, A; MACIEL, D. A. (2002). Sentidos da judicialização da política: duas análises. "Sentidos da judicialização da política: duas análises". **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 57, p. 113-133, São Paulo.

LIMA, Flávia Danielle Santiago (2014). **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. 1. ed. Curitiba: Juruá.

MURPHY, W. (1964). **Elements of judicial strategy**. Chicago, University of Chicago Press.

POSNER, R. A. (1983). The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, p. 1-24.

POSNER, R. A. (2012). The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, v. 100, n. 3, p. 519-555.

PRITCHETT, C. H. (1969). The development of judicial research. **Frontiers of Judicial Research**, vol.27.

SUNSTEIN, C. R. (2005). **Radical in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America**. New York: Basic Books.

TAYLOR, M. M. (2008). **Judging policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Stanford: Stanford University Press.

TAYLOR, M. M.; DA ROS, L. (2008). Os partidos dentro e fora do poder: judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 51, n.4, p.825-864.

THEODORO JUNIOR, H. (2016). **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I. Rio de Janeiro, Forense.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. (1999). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan.

VIANNA, L. W., BURGOS, M. B., SALLES, P. M. (2007). Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**, Nov. , vol.19, no.2, p.39-85