

O ART. 64 DA
CONSTITUIÇÃO
E O PAPEL
DO
SENADO

Josaphat Marinho
Senador pela Bahia

I — O art. 64 da Constituição e os problemas que suscita. II — Conceito de sentença definitiva. III — Valor do precedente — Variação da jurisprudência — O Regimento e a Súmula do S. T. F. IV — Sistemas de declaração de inconstitucionalidade — O regime brasileiro. V — Função do Senado — Forma de procedimento — Apreciação da conveniência para suspensão de lei ou de decreto inconstitucional — Poder de iniciativa da suspensão. VI — Conclusão.

I

A Constituição de 1946 estabelece, em seu art. 64, que

"Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."

A aplicação dêsse preceito vem obedecendo a orientação mais ou menos uniforme. Comumente, desde que o Supremo Tribunal Federal transmite o teor da decisão declaratória de inconstitucionalidade, o Senado suspende a execução do ato atingido.

O mandamento da Lei Maior envolve, porém, algumas indagações, que exigem exame, para que o Senado delimite, seguramente, a área de sua competência.

Que é sentença definitiva, para efeito de cumprimento da cláusula constitucional? A decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, qualquer que seja, obriga o Senado a suspender a vigência da lei ou do decreto sôbre que recair a declaração de inconstitucionalidade? Pode o órgão legislativo apreciar a conveniência da medida suspensiva? É lícito ao Senado tomar a iniciativa, independentemente de provocação do Supremo Tribunal, de suspender a vigência da lei ou do decreto em que incidiu a decisão de inconstitucionalidade?

II

Não fixa o texto o conceito de decisão definitiva, nem os seus intérpretes oferecem esclarecimentos maiores sôbre as condições em

que o Senado deve suspender, total ou parcialmente, a execução de lei ou decreto, por vício de inconstitucionalidade proclamada pelo Supremo Tribunal Federal.

De importante, no particular, a Constituição apenas acrescenta o que se encerra no art. 200:

“Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público.”

Aplicada essa norma à eminente função política do Supremo Tribunal Federal, a decisão definitiva se corporifica no “voto da maioria absoluta dos seus membros”, declaratório da inconstitucionalidade de lei ou decreto.

É o que está expresso, aliás, no Regimento do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 87 — O julgamento de matéria constitucional far-se-á com a presença, pelo menos, de oito Ministros efetivos, incluindo o Presidente, que votará por último, ainda que não haja empate.

§ 1.º — Se houver seis votos, pelo menos, no sentido da inconstitucionalidade, será esta proclamada.

§ 2.º — Se houver seis votos, pelo menos, no sentido da constitucionalidade, o Presidente anunciará que foi rejeitada a arguição de inconstitucionalidade.” (Diário da Justiça de 30-7-62 e 12-3-63.)

III

Tôda decisão judicial, porém, ainda a de caráter definitivo, varia de autoridade, no tempo, pela firmeza, pela objetividade de seus fundamentos, por sua compatibilidade com o pensamento jurídico predominante na interpretação da tese apreciada. Daí o mérito relativo do precedente, mesmo para a magistratura. É advertência de **Pedro Lessa** que “uma decisão judicial só vale como argumento para um juiz pelas razões, pelos raciocínios que encerra, e nunca pelo decreto judicial”. (Rev. de Direito — Vol. 59, pág. 308.)

Demais, por fundamentadas e lúcidas que sejam, as decisões estão sujeitas, continuamente, ao poder e ao critério revisionista dos juizes e tribunais, inspirados na mutação das circunstâncias históricas ou no influxo das idéias novas.

O Supremo Tribunal Federal mesmo, à luz da experiência adquirida, disciplinou a forma de revisão de sua jurisprudência. Na redação atualizada de seu Regimento e fazendo remissão aos dois dispositivos acima transcritos, prescreve no mesmo art. 87:

“§ 6.º — Na hipótese dos parágrafos 1.º e 2.º, a decisão será obrigatória, nos casos futuros, para as Turmas e para o Tribunal Pleno, salvo, quanto a êste, se o Senado Federal não tiver decretado suspensão da execução da lei ou decreto (Constituição Federal, art. 64), e, em votação preliminar, por proposta de qualquer dos Ministros, houver três votos, pelo menos, em favor do reexame da matéria.” (D. J. cit.)

Mais recentemente, introduziu novas alterações em seu Regimento. Na **Segunda emenda**, que acrescentou ao Regimento o capítulo referente à Jurisprudência e à elaboração da **Súmula da Jurisprudência Predominante**, assim dispôs:

“Art. 5.º — Serão inscritos na **Súmula** enunciados correspondentes:

1 — Às decisões do Tribunal, por maioria qualificada, que tenham concluído pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público (Reg., art. 87, § 6.º).”

Mas a própria emenda esclarece que não é automática a inscrição, na **Súmula**, do entendimento firmado nas condições do art. 5.º, I. O art. 6.º, que é norma geral quanto à organização da **Súmula**, prevê, claramente:

“A inscrição de enunciado na **Súmula** será decidida pelo Plenário, por proposta da Comissão de Jurisprudência, ou de qualquer dos Ministros, com o parecer da Comissão.”

Assim estipulando, o Supremo proclama, a nosso ver, que nem tôda decisão por maioria qualificada toma, por isso só, a configuração de **enunciado** indicativo de *jurisprudência predominante*.

Poder-se-á dizer que a inclusão, na **Súmula**, do enunciado das decisões sôbre constitucionalidade e inconstitucionalidade decorre, necessariamente, da obrigatoriedade de tais julgados, para os casos futuros, declarada no art. 87, § 6.º, do Regimento. Admita-se a compreensão. Nem por isso o enunciado se torna imutável, impeditivo de reforma da jurisprudência. Também a **segunda emenda** preceitua:

“Art. 8.º — Sempre que o Plenário decidir em contrário ao que constar da **Súmula**:

I — Será cancelado o respectivo enunciado, até que de nôvo se firme a *jurisprudência no mesmo ou em outro sentido*.

II — Em matéria constitucional, será substituído o enunciado pelo que resultar do voto da maioria qualificada (art. 87, §§ 1.º e 2.º).”

Demais, a “explicação preliminar” da **Súmula** publicada contém esta observação esclarecedora, da “Comissão de Jurisprudência”:

“O Supremo Tribunal Federal tem por predominante e firme a *jurisprudência* aqui resumida, embora nem sempre tenha sido unânime a decisão nos precedentes relacionados na **Súmula**. Não está, porém, excluída a possibilidade de alteração do entendimento da maioria, nem pretenderia o Tribunal, com a reforma do Regimento, abdicar da prerrogativa de modificar sua própria *jurisprudência*.” (**Súmula da Jurisp. Predominante do Supremo Tribunal Federal — 1964.**)

Vê-se, pois, que a Alta Côrte procura conjugar a necessidade de consolidação de sua *jurisprudência* com o prudente critério de não imobilizá-la. Assegura-lhe, dessa forma, a continuidade de sua função revisória e criadora. E, por vêzes, o Supremo Tribunal pode cumprir essa formidável tarefa, exatamente “se o Senado Federal não tiver decretado suspensão da execução da lei ou decreto”, como refere o art. 87, § 6.º, do Regimento mencionado.

A flexibilidade dos critérios assentados repousa, em parte relevante, na própria experiência de variação constante da exegese judicial, muitas vêzes por **quorum** que não define, seguramente, a construção de uma doutrina, nem a fixação de *jurisprudência*.

Agora mesmo, o Ministro Edgard Costa, relembra a observação de Ruy, feita no curso de defesa do Juiz Alcides de Mendonça Lima, sôbre a controvérsia na “hermenêutica” de uma cláusula do direito escrito:

“Na aplicação da mesma lei, do mesmo texto, o juízo dos magistrados varia contínua e incalculavelmente de um juiz para êle mesmo, de uma instância

para outra e, na mesma instância, no mesmo tribunal, da maioria para a minoria. Não há talvez uma só, das muitas questões já sentenciadas no Supremo Tribunal acêrca de leis inconstitucionais, em que a decisão fôsse unânime." (In **Edgard Costa: Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal — Rio, 1964 — 1.º vol., pág. 71.**)

A enumeração dos casos, em que se baseia a observação, pode desdobrar-se, no tempo, pela multiplicação das hipóteses semelhantes. Destas, muitas refletiriam as dúvidas e os inconvenientes resultantes das decisões sôbre inconstitucionalidade por maioria inconsistente.

IV

Ao defender o Anteprojeto da Constituição de 1934, que exigia o **quorum** de dois terços para declaração de inconstitucionalidade (art. 57, § 1.º), **João Mangabeira** condenou o Substitutivo da Assembléia Constituinte, exatamente por incidir "no êrro norte-americano das decisões **five to four**, ou, entre nós, das inconstitucionalidades por seis contra cinco votos". Acrescentou o grande jurista:

"Não colhe afirmar que os tribunais só declaram a inconstitucionalidade, quando está fora de qualquer dúvida razoável. **Ab initio**, não pode haver inconstitucionalidade mais duvidosa do que aquela repelida pela Assembléia, rejeitada pelo Presidente da República, na sanção, e, no Supremo Tribunal, impugnada por cinco dos seus onze Ministros."

E depois de ilustrar sua afirmativa com a variação da jurisprudência, sempre por cinco contra quatro votos, no caso da **income tax**, nos Estados Unidos, asseverou:

"Numa democracia, os poderes eletivos, os únicos que representam o povo, não devem ter a manifestação de sua vontade, consubstanciada na lei, anulada ao sabor de uma maioria efêmera, precária ou ínfima do Supremo Tribunal. Para que a decisão dêse grande órgão mereça, em caso de tamanha gravidade, o acatamento da Nação, é preciso que o voto de uma maioria respeitável assegure a todos a certeza de que, dentro da razoabilidade humana, dúvida não pode haver sôbre a juridicidade do julgamento. Sômente assim o aresto se imporá à consciência nacional, calando a dignidade do protesto nos outros dois Poderes, emudecidos e submissos, ante a majestade da justiça. Tal fôrça não terá jamais a decisão por um voto." (**Em Torno da Constituição — São Paulo, 1934 — págs. 112 a 118.**)

É certo que a Constituição vigente mantém o critério da maioria qualificada (art. 200). Ao Supremo Tribunal, por isso mesmo, não cabe responsabilidade pelo sistema adotado.

São irrecusáveis, porém, os inconvenientes do sistema. Tornaram-se tanto mais visíveis e ponderáveis depois da luta que se travou entre o Presidente **Franklin Roosevelt** e a Suprema Côrte, por efeito da filosofia e do alcance do **New Deal**.

Entre nós, aliás, o Supremo Tribunal, sensível ao problema, vem estabelecendo normas redutoras de tais inconvenientes. Daí a exigência da presença, pelo menos, de oito Ministros efetivos, para julgamento de matéria constitucional (art. 87 do Reg.).

Daí o cuidado de só excepcionalmente admitir a convocação de Ministro do Tribunal Federal de Recursos, para completar o **quorum**, na apreciação desses casos (Reg., art. 87, §§ 4.º e 5.º). *Daí, enfim, a prudência com que disciplina o processo de revisão dos precedentes firmados* (Reg., art. 87, § 6.º).

Mas, em verdade, a Côrte Suprema, não podendo alterar o sistema, tem apenas oportunidade de reduzir os inconvenientes dêle, com a adoção de fórmulas protetoras da segurança dos julgamentos e da autoridade dos precedentes estabelecidos. Tais medidas não modificaram o alcance dos arestos para torná-los normas substitutivas da lei ou do decreto.

Prevalece em nosso regime, como doutrina atual, a lição de Ruy:

"Os tribunais só revogam sentenças de tribunais. O que êles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tècnicaamente diversa. Não os revogam; desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do executivo; mas a cada individuo, por êles agravado, que vem requerer contra êles proteção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante que usa, com êsse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo govêrno, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir." (**A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo — Rio, 2.ª ed. — pág. 101.**)

É o que está na Constituição de 1946, sobretudo nas cláusulas enunciativas da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 101).

O constituinte brasileiro não adotou o princípio consagrado pelo regime italiano (Const. art. 136), de fazer cessar a vigência da lei no dia seguinte ao da publicação da decisão declaratória de ilegitimidade constitucional. A Carta em vigor não contém, sequer, norma equivalente à da Argentina de 1949 (art. 95), impositiva de aplicação obrigatória, pelos juizes e tribunais nacionais e provinciais, da interpretação dada pela Côrte Suprema ao texto constitucional, em recurso extraordinário, e aos códigos e leis, em recurso de cassação.

Aqui, apenas o Regimento do Supremo Tribunal declara que "a decisão será obrigatória, nos casos futuros, para as **Turmas** e para o **Tribunal Pleno**", e ressalvando, "quanto a êste, se o Senado Federal não tiver decretado suspensão da lei ou do decreto" (art. 87, § 6.º). Assim, a disposição de obrigatoriedade não vincula os outros tribunais. Restringe-se ao próprio Supremo Tribunal Federal.

Enfim, e como frisou o Ministro **Pedro Chaves** em acórdão de 1962,

"o Poder Judiciário, em regra, só conhece da inconstitucionalidade **incidenter tantum**" —

ou seja,

"em causa ou litígio, regularmente pôsto a seu alcance, para solução do caso concreto." (Ac. Sup. Trib. Fed., na Rep. n.º 512, do R. N. Norte — Jurisprudência — Diário da Justiça de 26 de setembro de 1963.)

De regra, pois, a decisão judiciária não examina a lei ou o decreto no conjunto de suas motivações e de seus fins. Aprecia-os em um ou em alguns de seus aspectos, circunscrita, quase sempre, às linhas marcantes da demanda, além da qual não produz efeitos.

É verdade que a Constituição, no art. 8.º, parágrafo único, cria o poder de declarar inconstitucionalidade mediante representação do Procurador-Geral da República, admitindo, excepcionalmente, pronunciamento **em tese**. **Loureiro Júnior** considera, até, presumimos que no ângulo judiciário, "a inovação mais interessante da atual carta política", por "imprimir incontestemente predominio a certos princípios basilares do regime constitucional instituído." (**O Contrôlo da Constitucionalidade das Leis — São Paulo, 1957 — pág. 128.**)

Trata-se, porém, de medida excepcional, cujo **efeito direto, específico**, é a intervenção federal no Estado ou a suspensão do ato argüido de inconstitucionalidade (art. 8.º, parágrafo único e art. 13). Além disso, obedece a disciplina distinta. Tanto que, no caso de bastar, "para o restabelecimento da normalidade no Estado", a providência suspensiva de execução do ato declarado inconstitucional, a competência é do **Congresso Nacional** (art. 13), e não do Senado.

V

Ora, se o Supremo Tribunal procede com rigorosa prudência, como visto e exposto, o Senado há de ser igualmente cauteloso, senão mais exigente. E por vários motivos. Primeiro, porque, órgão do Congresso Nacional, lhe cabe zelar, na medida possível, pela eficácia e pelo prestígio dos atos legislativos, dos quais a lei é expressão eminente. Segundo, porque enquanto a decisão judicial abrange, apenas, comumente, os direitos discutidos no caso concreto, a deliberação do Senado, suspendendo, no todo ou em parte, a execução de lei ou decreto, é de caráter genérico, opera **erga omnes**. Vale dizer: o ato suspensivo pode atingir, embora momentaneamente, o sistema de uma política legislativa, talvez instituído por imperiosas razões de ordem geral. Pode atingi-lo e, assim — o que é mais —, vedar ao Supremo Tribunal o reexame de seu entendimento, tantas vêzes necessário na apreciação das grandes teses, sobretudo na esfera do direito público.

Logo, para ser procedimento compatível com a responsabilidade e a independência de um Poder, o ato de suspensão requer fundamentação segura. Não deve consistir, passivamente, no reconhecimento de efeito incondicional da sentença judiciária. Como acentua **Alfredo Buzaid**:

"Não se trata de operação ou ofício puramente mecânico, que reduz o Senado a simples cartório de registro de inconstitucionalidade." (**Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro — São Paulo, 1958 — pág. 89.**)

Trata-se, em suma, de ato refletido e motivado do próprio Senado.

Precisamente porque é assim, não nos parece procedente a conclusão do ilustre escritor, segundo a qual, "concorrendo todos os requisitos legais, não pode o Senado recusar a suspensão, ainda sob a alegação de que a lei deva ser mantida por necessidade ao bem-estar do povo, ou à defesa do interesse nacional" (**ob. cit. pág. 89**). Ora,

os "requisitos legais", a que se refere, são: "aplicação **in casu**, não em tese", e "existência de **quorum**, na forma prevista no art. 200 da Constituição" (pág. 89). Dificilmente tais requisitos faltarão ao julgado, diante da atenção com que os observa a Corte. Vedar a apreciação das consequências políticas e sociais do julgado, não para afrontá-lo ou arretá-lo, mas para dizer da conveniência e da oportunidade de suspender a executoriedade da lei ou do decreto, é, praticamente, *constranger o Senado* "a simples cartório de registro de inconstitucionalidade".

Em consequência, sem desrespeito às atribuições soberanas do Supremo Tribunal Federal, nem desconsideração à competência e à correção de seus ilustres Ministros, subsistem as razões que impõem ao Senado proceder cautelosamente no processo de suspensão da execução de lei ou decreto, por vício de inconstitucionalidade.

Aliás, no Supremo Tribunal mesmo, esse problema foi examinado recentemente. No julgamento do recurso de Mandado de Segurança n.º 7.248, de São Paulo, o Ministro Victor Nunes Leal, sustentando que não é obrigatória a suspensão de vigência da lei declarada inconstitucional, argumentou, com inegável procedência:

"... entendo que pode a decisão desse Tribunal ter sido tomada por maioria ocasional, inclusive por maioria constituída pelo voto de juizes substitutos. O Senado apreciará estas circunstâncias, porque o Tribunal decide **in casu**, enquanto que ele, Senado, delibera, **in genere**, suspende a execução da lei. Só o deve fazer, portanto, quando não haja dúvida de que o pensamento nitido e firme do Tribunal é pela inconstitucionalidade."

E, opondo-se, ainda, à exegese do Ministro Ribeiro da Costa, aditou:

"... meu entendimento, nesse ponto, sempre foi no sentido de que o Senado não é um autômato; compete-lhe ponderar sobre a conveniência de dar eficácia genérica a um pronunciamento do Supremo Tribunal em caso concreto, pelo menos para verificar se não se trata de uma decisão ocasional, que eventualmente não exprima o verdadeiro pensamento do Tribunal."

No mesmo aresto, o Ministro Gonçalves de Oliveira acentuou que o Senado "pode se abster, aguardando o momento mais oportuno."

Por seu turno, o Ministro Ary Franco afirmou:

"Não pode ter atitude comissiva, mas pode ter atitude omissiva." (**Jurisprudência — Diário da Justiça de 4 de abril de 1963.**)

A legitimidade da atitude omissiva do Senado, alias, está reconhecida pelo Supremo, em seu Regimento, quando ressalva a possibilidade de reexame da questão constitucional, se não houver sido consumada a suspensão de vigência da lei ou do decreto.

De outro lado, é lógico que o ato suspensivo não depende necessariamente de provocação ou comunicação do Supremo Tribunal. O ato é da competência do Senado, como expresso no art. 64 da Constituição, que, entretanto, não estabelece a forma de sua execução. A prática em vigor, pela qual o Supremo oficia ao Senado sobre a inconstitucionalidade reconhecida, é adequada, pois facilita o cumprimento da regra constitucional. Se a Constituição, porém, não disciplina o processo de aplicação da medida, nem há lei que o determine, nada impede que o Senado proceda à suspensão, por iniciativa sua ou de outra fonte.

No particular, e a propósito da declaração de inconstitucionalidade da Lei número 2.970, de 1956, o Senador Cunha Melo, em parecer apresentado à Comissão de Constituição e Justiça, sustentou, exatamente, que

“o Senado não fica subordinado à comunicação sôbre a decisão proferida. Pode êle exercer sua missão, no assunto, por iniciativa de qualquer dos seus membros, por comunicação do Procurador-Geral da República, até por meio de representação de quem quer que seja, interessado ou não na decisão proferida (art. 141, § 37).”

Invocando êsse parecer, em 1957, como Procurador-Geral da República, Carlos Medeiros da Silva o aceitou. E, tendo em vista o caso que apreciava, sustentou — o que hoje também não se discute — a competência do Senado para suspender a execução de leis estaduais e municipais. (**Parecer no Recurso de Mandado de Segurança n.º 3.667, da Bahia.**)

VI

Por essas razões, concluímos que não é obrigatória, para o Senado, a suspensão da vigência de lei ou decreto que o Supremo Tribunal declare inconstitucional, em decisão definitiva.

Ao Senado, no exercício do poder legítimo de interpretar os limites e as responsabilidades de sua competência, cabe verificar, em cada caso, pelo conhecimento da decisão judicial e das circunstâncias políticas e sociais, se convém proceder, e imediatamente, ou não, à suspensão da execução da lei ou decreto, sôbre que incidiu a declaração de inconstitucionalidade.

O órgão do Congresso, a que se refere o art. 64 do texto constitucional, não contradita nem anula as decisões que produzem seus efeitos normais nas hipóteses julgadas. Apenas o Senado pode omitir-se de proclamar a suspensão proposta, ou reservar-se para fazê-lo quando lhe parecer oportuno, inclusive pela verificação de que se tornou “predominante” a jurisprudência. Nesse entendimento não há excesso algum. Princípio incontroverso de direito público assegura a cada Poder do Estado a prerrogativa de interpretar a Constituição para traçar as raíais de sua competência. Esse postulado se insere na compreensão do art. 36 da Constituição, pois se o princípio da separação de poderes “significa alguma coisa” — pondera **Francisco Campos**:

“significa exatamente a discriminação de competência, e não pode haver discriminação de competências onde uma única competência absorve, pela sua universalidade, as demais competências com ela e em face dela instituídas.” (**Direito Constitucional — Rio, 1956 — II Vol., pág. 120.**)

Por iguais razões de competência, pode o Senado, independentemente de comunicação do Supremo Tribunal Federal, promover a suspensão de executoriedade do ato fulminado de inconstitucionalidade, seja de caráter federal, estadual ou municipal.

Princípio básico de direito público ensina e assegura que a outorga de um poder expresso envolve a concessão dos meios indispensáveis à sua prática e realização.

A iniciativa do Senado depende, apenas, dos motivos de conveniência, que investigar e admitir.