ORIGEM DO QUINTO CONSTITUCIONAL

ORIGIN OF THE FIFTH CONSTITUTIONAL

Sandra de Mello Carneiro Miranda

RESUMO: O “quinto constitucional” é uma forma de recrutamento de magistrados para os tribunais, prevista na constituição federal brasileira, que reserva um quinto dos lugares nos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e nos Tribunais Regionais Federais aos membros do Ministério Público e aos advogados e de cujo procedimento de escolha participam o órgão de classe, o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Daí afirmar-se que se trata de um modo de “oxigenação do Poder Judiciário” que possibilita levar às Cortes experiências profissionais que constituem visões diferentes da Justiça. Assegurada pela primeira vez na Constituição de 1934 essa regra esteve presente em todos os textos constitucionais que se sucederam. Apesar disso, sua origem foi muito pouco explorada. Por isso, pretende-se estudar sua origem, pesquisando-se a elaboração da Constituição de 1934, a fim de preencher o vácuo no conhecimento existente sobre o tema e ter uma base de comparação com o instituto previsto na Constituição atual, que completará em breve 25 anos de existência. Portanto, nesse trabalho nos debruçamos no passado buscando ali ajuda para compreender o quanto de velho reside no novo e o quanto o novo é velho na sua essência.

PALAVRAS-CHAVES: quinto constitucional; origem; elaboração da Constituição de 1934.

ABSTRACT: The “fifth constitutional” is a form of recruitment of judges to the courts as provided in the Brasilian Federal Constitution, which reserves one-fifth of the seats in the Courts of the States, the Federal District and Territories and the federal courts to prosecutors and lawyers and whose choice procedure involved the organ class, the Judiciary and the Executive. It said that it is a way of "oxygenation of the Judiciary" which allows courts to take professional experiences that are different views of Justice. Assured for the first time in the 1934 Constitution that rule was present in all constitutions that followed. Nevertheless, its origin has barely been touched. Therefore, we intend to study its origin by searching the drafting of the 1934 Constitution in order to fill the gap in the existing knowledge on the topic and have a basis for comparison with the current institute provided in the Constitution, who will soon 25 years of existence. Therefore, in this work we analyze the past there seeking help to understand how to live in the new and old and the new is old in spirit.

KEY-WORDS: fifth constitutional; origin; drafting of the 1934 Constitution.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o recrutamento de magistrados dos tribunais ocorre de duas maneiras: por promoção na carreira - os juízes de primeira instância, em entrância final, são promovidos ao cargo de desembargador por critérios de antiguidade ou merecimento; ou por meio do quinto constitucional - pelo recrutamento de advogados e membros do Ministério Público na forma estabelecida pelo art. 94 da atual Constituição Federal.

De acordo com o artigo citado, um quinto dos lugares nos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e nos Tribunais Regionais Federais devem ser reservados aos membros do Ministério Público e aos advogados[1]. Os órgãos de representação das classes dos advogados – Conselho Federal e Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil[2] - e do Ministério Público – Conselho Superior em relação ao Ministério Público estadual e Colégio de Procuradores em relação ao Ministério Público da União[3] - indicam seis nomes. O tribunal para o qual foram indicados escolhe três dos seis nomes. Depois a escolha é feita pelo Chefe do Executivo (o Governador de Estado em se tratando de Tribunal Estadual e o Presidente da República na hipótese do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e dos Tribunais Regionais Federais), que seleciona um nome dentre os três previamente escolhidos pelo tribunal.[4] Portanto, participam do procedimento de escolha o órgão de classe, o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Corriqueiramente, a doutrina brasileira[5] afirma que o quinto constitucional teria sido criado com o fim de possibilitar que os Tribunais sejam formados não apenas por juízes de carreira, mas também por representantes das demais classes jurídicas, eleitos por seus pares, levando às Cortes experiências profissionais que constituem visões diferentes da Justiça. Isso possibilitaria uma oxigenação do Poder Judiciário, trazendo benefício à evolução do direito, à

---

[1] Embora o art. 94 da CF/88 só se refira explicitamente aos tribunais mencionados, a regra do quinto está prevista também para os tribunais do trabalho (arts. 11-A, I e 115, I). É esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, deu-se a extensão, aos tribunais do trabalho, da regra do 'quinto' constante do artigo 94 da Carta Federal" (ADI 3.490, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.12.2005, DJ de 07.04.2006).

[2] Conforme art. 51 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB; arts. 54, XIII, e 58, XIV, da Lei n. 8.906/94.

[3] Conforme arts. 53, II; 94, III; e 162, III, da LC 75/93. Exclui-se da regra o Ministério Público Militar, já que a escolha para o Superior Tribunal Militar se dá pelo Presidente da República (art. 123, CF/88).

[4] A Constituição de 1988 também prevê a participação de advogados e/ou membros do Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único); no Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, II); nos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 120, § 1º, III) e no Superior Tribunal Militar (art. 123, I e II).

[5] Nesse sentido, PEDUZZI (2005).

renovação de posturas e entendimentos, e mitigando o corporativismo inato à carreira da magistratura. Daí a sua importância.

Essa regra foi assegurada pela primeira vez na Constituição de 1934 e esteve presente em todos os textos constitucionais que se sucederam: constava nas Constituições de 1937, de 1946, de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69. Apesar disso a regra não é imune a críticas.[6]

Embora desde a estréia tal disposição não tenha se ausentado dos textos constitucionais que se sucederam, sua origem foi muito pouco explorada. Em geral, o tema é tratado de passagem pelos autores[7] e, comumente afirma-se a vinculação histórica do quinto constitucional à institucionalização corporativa dos anos 30. Nesse sentido, por exemplo, VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, (1997, p. 227-228):

> Historicamente, a figura do quinto constitucional, assim como a dos juízes classistas na justiça do trabalho, está vinculada à institucionalização corporativa dos anos 30, a qual chegou a incluir, na Constituinte de 1933, a representação classista ao lado da representação política. Tanto o quinto quanto os juízes classistas são sobrevivências do estado corporativo, institucionalizado pelas cartas de 1934 e 1937, cuja herança sobreviveu à democratização de 1945 e ainda hoje se faz presente na constituição em vigor, especialmente no que se refere à estrutura sindical.[8]
> No Brasil, pois, o critério de nomeação política do magistrado não se identifica histórica e formalmente com o sistema norte-americano. Contudo, a seleção pelo quinto, com independência das marcas corporativas da sua origem, tanto pelos efeitos derivados da transição do autoritarismo para a democracia política, como pelos que resultaram da mudança dos papéis constitucionais do Ministério Público, tende a se tornar mais sensível ao escrutínio da opinião pública do que aos círculos fechados que predominaram no regime militar. Quanto mais o processo de seleção se abra ao fluxo da opinião – o que se pode esperar, sobretudo, da indicação feita pela OAB -, maiores as possibilidades de se converter um instituto de raiz histórica autoritária em um elemento "americano" que viabiliza a comunicação da magistratura com as correntes ideais que animam a sua sociedade.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar as discussões sobre o quinto constitucional que ocorreram durante a elaboração da Constituição de 1934, a fim de preencher o vácuo no conhecimento existente sobre o tema e ter uma base de comparação com o instituto previsto na Constituição atual. Portanto, nesse trabalho nos debruçamos no passado buscando ali ajuda para compreender o quanto de velho reside no novo e o quanto o novo é velho na sua essência.

---

[6] A regra ainda gera muitas discussões, sofrendo inclusive tentativas de extinção. Há, inclusive, uma proposta de emenda à constituição - PEC 262-2008 - atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende alterar os requisitos para nomeação de vagas nos Tribunais, extinguindo o critério do quinto constitucional.
[7] O único trabalho específico sobre o tema encontrado foi o de PEDUZZI (2005).
[8] O livro foi escrito em 1997, antes da Emenda Constitucional nº 24/99 que acabou com a representação classista na Justiça do Trabalho.

Trata-se de uma pesquisa interdisciplinar que envolve o Direito, a História e a Sociologia, destacando-se a disciplina História do Direito. Baseamos-nos, sempre que possível, em fontes primárias e em autores contemporâneos, usando como suporte historiadores, sociólogos e juristas da atualidade. Fizemos a contextualização jurídico-política da década de 1930, abordamos a criação da OAB e nos debruçamos sobre o processo de elaboração da Constituição Federal de 1934, analisando o Anteprojeto de Constituição e os Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Abordamos, também, a relação entre o Ministério Público e os advogados e, por fim, verificamos rapidamente o modo como o quinto constitucional foi tratado nas constituições posteriores à de 1934.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1891, foram realizados debates a fim de revisá-la, compatibilizando-a com a realidade político-social da época. Muitos reformadores defendiam a ampliação dos poderes da União e do Presidente da República como forma de melhor enfrentar as pressões advindas dos grupos regionais.[9]

Houve uma reforma em 1926 que atendeu em parte a essas demandas centralizadoras[10]. À reforma constitucional de 1926 sucedeu o movimento revolucionário de 1930.[11]

---

[9] Na conferência realizada no salão da Prensa em Buenos Aires, em 20 de julho de 1916, Ruy Barbosa afirmou: "Não posso dizer que a República e a federação encontrassem, no meu país, um terreno onde hajam prosperado. (...) Podemos, devemos reconstituí-las e saneá-las. É o que com o nosso revisionismo queremos. Os males da federação e os da República são males que se curam, não pela abolição de uma ou de outra, mas pela reorganização de uma e outra". (BARBOSA, 1932).

[10] Segundo o CPDOC, a reforma incluiu no texto constitucional a garantia da inamovibilidade dos magistrados, que passou a ser garantida ao lado da vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos. Incluiu, também, medidas que delinearam com mais clareza as competências e a organização das justiças federal e estadual. Ela enumerou as garantias dos juízes estaduais entre os princípios constitucionais básicos, cujo desrespeito justificaria a intervenção federal (art. 6, II, i).

[11] De acordo com o CPDOC: "Esse movimento político-militar que determinou o fim da Primeira República (1889-1930) originou-se da união entre os políticos e tenentes que foram derrotados nas eleições de 1930 e decidiram pôr fim ao sistema oligárquico através das armas. Após dois meses de articulações políticas nas principais capitais do país e de preparativos militares, o movimento eclodiu simultaneamente no Rio Grande do Sul e Minas Gerais, na tarde do dia 3 de outubro. Em menos de um mês a revolução já era vitoriosa em quase todo o país, restando apenas São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia e Pará ainda sob controle do governo federal. Finalmente, um grupo de militares exigiu a renúncia do presidente Washington Luís e pouco depois entregou o poder a Getúlio Vargas.

TRONCA (2004, p. 59-60), no entanto, apresenta uma interpretação diferente sobre a "revolução de 30": "Assim, nessa visão tradicional, 1930 tomado como um fato em si mesmo tem seus 'antecedentes' na 'realidade', cujas manifestações reais são outros tantos 'fatos': economia agroexportadora, Primeira República, oligarquias, 'tenentes'...

Ao não assumir que essas realidades são constituídas pelos diversos agentes sociais em luta através de suas representações – representações dos vencedores dessa luta – a historiografia encampa a 'revolução de 30' como

Com a Revolução de 30, em novembro do mesmo ano, foi instituído um Governo Provisório, pelo Decreto 19.398, que passou a assumir as funções e atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo. O Decreto confirmou a dissolução do Congresso Nacional, suspendeu as garantias constitucionais, determinou a nomeação de um interventor federal para cada estado e excluiu da apreciação judicial os atos do Governo Provisório. Neste período, toda legislação deveria ser revista e, em fevereiro do ano seguinte, foram editadas as disposições disciplinares das Comissões legislativas, destinadas a apresentar novas codificações e projetos de lei que o Governo Provisório adaptaria ou enviaria ao legislativo.[12]

A Ordem dos Advogados do Brasil foi criada por ato do Governo Provisório, o Decreto 19.408 de 18 de novembro de 1930. O curioso é que o Decreto tratava exclusivamente da **Reorganização da Corte de Apelação do Distrito Federal**[13], e a criação da Ordem foi assegurada numa "carona" que pegou na lei em seu artigo 17: "Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção de advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo".

Segundo informações contidas no site da OABSP, o processo de instalação da OAB foi descrito pelo Desembargador André de Faria Pereira como "um verdadeiro milagre", dado o fenômeno paradoxal que se observava: ao mesmo tempo em que o governo concentrava os três poderes da República em suas mãos, entregava para órgãos da própria classe dos advogados a disciplina e a seleção de seus membros, uma aspiração que vinha desde o século XIX. Ocorre que André de Faria Pereira, então Procurador-Geral do Distrito Federal, e

---

resultante final de um embate reduzido basicamente a dois grandes agentes: oligarquias *versus* 'tenentes'. Ora, essa é a visão do processo construído precisamente a partir da ótica dos vencedores, da sua memória.
Conseqüentemente, tal movimento de memorização dos vencedores, reduzindo todo o processo de luta entre 1928 e 1929 à ideia de revolução de 30, simplesmente suprime o lugar onde essa luta se verifica: o lugar da luta de classes, que é também o lugar da história. Com a supressão da luta de classes, suprime-se a própria história, substituída pela memória dos vencedores, que, com a ideia de revolução de 30, visa precisamente encobrir que houve luta de classes."

[12] Uma das comissões legislativas elaborou o Código Eleitoral (Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932) Esse código regulava o alistamento dos eleitores e trazia como importantes inovações a instituição do voto feminino e do voto secreto. Além disso, estabelecia a criação da Justiça Eleitoral, retirando do Poder Legislativo o controle sobre seu próprio processo de renovação. Com o surgimento da Justiça Eleitoral, eliminou-se o mecanismo da degola, pelo qual os candidatos oposicionistas eleitos para as casas legislativas do país muitas vezes tinham o reconhecimento de sua eleição negado pelos membros da legislatura anterior. Outra consequência do estabelecimento da Justiça Eleitoral foi a criação, em maio de 1932, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). (FGV. CPDOC.).

[13] A ementa do Decreto dizia: "O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil: Atendendo à necessidade de prover ao melhor funcionamento da Justiça local do Distrito Federal, fazendo equitativa distribuição dos feitos, normalizando o desempenho dos cargos judiciários, diminuindo os ônus aos litigantes, em busca do ideal da justiça gratuita, prestigiando a classe dos advogados, e enquanto não se faz a definitiva reorganização da Justiça, DECRETA:"

bastante influente no gabinete do ministro da Justiça do Governo Provisório, Osvaldo Aranha, percebeu o quão oportuna era a ocasião.

> Em uma carta citada pelo advogado e historiador Alberto Venâncio Filho, Pereira revela: "levei o projeto [que viria a se tornar o decreto 19.408/30] a Osvaldo Aranha, que lhe fez uma única restrição, exatamente no artigo 17, que criava a Ordem dos Advogados, dizendo não dever a Revolução conceder privilégios, ao que ponderei que a instituição da Ordem traria ao contrário, restrição aos direitos dos advogados e que, se privilégio houvesse, seria o da dignidade e da cultura"(Alberto Venâncio Filho, *Notícia Histórica da Ordem dos Advogados do Brasil (1930-1980)*, Brasília: OAB, 1982, p. 25-30). A argumentação sustentada por Pereira foi convincente e o artigo 17 foi mantido no decreto, acabando por criar a OAB. (OABSP)

A efetiva implementação do Instituto iniciou-se com o Decreto 20.784, de 14 de dezembro de 1931, que aprovou o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil. Foi este Decreto que, definitivamente, seccionou o IOAB da OAB, atribuindo-lhe as competências de órgão de classe, de acordo com BAETA. Esse mesmo autor informa que Levi Carneiro foi o último presidente do IOAB e o primeiro da OAB. Só após esses acontecimentos é que a inscrição na OAB passou a ser condição para o exercício da profissão, não bastando a existência de diploma universitário (ALEMÃO, 2009).

Em razão da data da sua criação, BONELLI (1999, p. 71) observa que a OAB acaba sendo tratada na bibliografia apenas como uma iniciativa da política corporativa do governo Vargas, "e não como uma proposta de profissionais que, finalmente, obtêm sucesso na estratégia que vinham implementando por várias décadas". Segundo a autora (1999, p.72), havia "uma clara intencionalidade por parte dos membros do IOAB [criada em 1843] em criar uma corporação com poder de controlar o mercado antes de Vargas chegar à Presidência da República".

A autora relata que havia uma estreita relação entre aqueles que presidiram o IOAB com o poder político e afirma que a institucionalização da Ordem dos Advogados significou o sucesso da implementação das estratégias usadas pelos bacharéis, que se foram demarcando de outras elites, para fundamentar sua indispensabilidade do Estado.

A influência da associação junto ao poder ficou registrada nos Boletins do Instituto, ilustrada pelos exemplos seguintes:

1) Na publicação do ano de 1930 encontramos a seguinte informação: "o Governo provisório pelo Decreto 19.408, publicado no DO de 25 de novembro, reorganizando a Corte de Apelação aceitou a maioria das sugestões apresentadas em ata de 6 de novembro de 1930." Trata-se do decreto que criou a OAB (BIOAB, 1930, p. 276 a 289).

2) Na publicação de 1931-1932, na sessão de 16 de julho de 1931, encontramos uma Representação ao Chefe do Governo Provisório no sentido de ser convocada a constituinte (redigida pelo Dr. Eurico de Sá Pereira, com inúmeras assinaturas, sendo aprovada por aclamação) (BIOAB, 1931-1932, p. 120-121). Em sessão de 12 de novembro de 1931, Augusto Pinto Lima, membro do instituto, fez uma moção que resolveu dirigir ao Chefe do Governo Provisório um telegrama reiterando o pedido de integrar o país na constituição normalizando a vida jurídica nacional (BIOAB, 1931-1932, p. 237).

3) Em novembro de 1932, foi registrada uma Correspondência entre o Sr. Ministro da Justiça e o Presidente do Instituto. Foi designada uma subcomissão para elaborar o anteprojeto de constituição (BIOAB, 1932, p. 512-515).

4) Em 1933, foi instalada uma comissão especial no IOAB incumbida de acompanhar os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (BIOAB, 1933, p. 213-218).

3 A ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934

O país vivia um clima de tensão em 1932 quando a Revolução Constitucionalista[14] tentou derrubar o Governo provisório para organizar outra Constituição. Getúlio Vargas controlou este movimento, mas se viu obrigado a convocar uma Assembleia Nacional Constituinte para elaborar a nova Carta, cuja campanha tomou conta do país. Diversas forças políticas se reorganizaram em torno da primeira eleição que iria formar o quadro dos constituintes.[15] O Governo Provisório tinha interesse em conduzir os trabalhos da Assembleia e, por meio do Decreto 21.402 de 14 de maio de 1932, instituiu uma Comissão - posteriormente denominada de Comissão do Itamaraty - a quem incumbiu a elaboração de um anteprojeto de Constituição que serviu de base às deliberações da Assembleia Constituinte (CASTRO, 1936).

Em 15 de novembro de 1933, realizou-se a sessão solene de instalação da Assembleia Nacional Constituinte.[16] Em 16 de novembro do mesmo ano, realizou-se sessão especial para a escolha da Comissão Constitucional (Comissão dos 26). Foram eleitos 26 membros para estudo do anteprojeto de constituição elaborada pelo governo provisório, sendo composta por um membro de cada Estado, um do Distrito Federal, um do Acre e um de cada

[14] A Revolução Constitucionalista de 1932 foi liderada pelos paulistas inconformados com a perda da autonomia dos estados e com o impedimento da posse de Julio Prestes, ex-presidente do Estado de São Paulo, na Presidência da República.

[15] A eleição foi disciplinada pelo Código Eleitoral já elaborado, que previa a formação de uma bancada classista composta por funcionários públicos, empregados e empregadores, eleitos por delegados sindicais.

[16] O regimento interno da Assembleia Nacional Constituinte era o Decreto 22.621 de 5 de abril de 1933.

grupo de representação profissional (um dos empregados, um dos empregadores, um dos funcionários, um das profissões liberais[17]). O Sr. Carlos Maximiliano foi eleito para presidente; o Sr. Levi Carneiro para vice-presidente e o Sr. Raul Fernandes para relator geral.

Foram apresentadas emendas em 1ª discussão. Após, dissolveu-se a Comissão dos 26 que foi fragmentada em subcomissões de acordo com a matéria. Depois se organizou a Comissão de Redação, composta por Raul Fernandes, Godofredo Vianna e Homero Pires, que deu a redação final. Essa redação recebeu emendas e foi votada e apresentou-se o texto definitivo.

Essa Constituição foi elaborada por duzentos e cinquenta e quatro constituintes, dos quais duzentos e quatorze deputados eleitos e quarenta deputados classistas (NASCIMENTO (1989). De acordo com CARNEIRO (1936), participaram da Constituinte pessoas do antigo Congresso, engenheiros, médicos, jornalistas, militares, funcionários públicos, comerciantes, religiosos, juristas e advogados, sendo que estes dois últimos formavam o grupo mais numeroso.

4 O ANTEPROJETO DE CONSTITUIÇÃO

A unidade ou dualidade da Justiça foi um dos temas mais debatidos pela Comissão do Itamaraty, assim como o modo de nomeação dos magistrados. A fim de entender o debate, segue o resumo de três sessões, retiradas de AZEVEDO (2004).

.Na **21ª sessão,** ocorrida em 19 de janeiro de 1933, assim se manifestaram os membros presentes:

O Sr. Arthur Ribeiro defendeu a dualidade da justiça e a considerou essencial em um regime federativo para garantir a autonomia dos Estados.

O Sr. João Mangabeira reclamou da divergência de interpretações dos juizes dos Estados a respeito da aplicação da mesma lei. Argumentou que os juizes eram nomeados pelos governadores dos Estados e a lei era uma expressão do Estado e não nacional. Afirmou que queria “o magistrado nacional, que proclame e interprete o direito, e não dependa de corrilhos políticos dos Estados, dos seus presidentes e dos tesouros” (AZEVEDO, 2004, p. 399). Ele propôs que na formação dos Tribunais de Apelação participasse o Presidente do Estado, “propondo, para o seu terço, **dentre os juristas de notável** saber uma lista de três nomes, da qual **o próprio Tribunal escolheria** e nomearia o novo desembargador; os outros

[17] Levi Carneiro, presidente da OAB, foi escolhido representante das profissões liberais.

dois terços o Tribunal nomearia dentre os juizes mais ilustres do Estado” **(destacamos)** (AZEVEDO, 2004 p. 403). Disse que por essa forma os Estados não deixariam de colaborar na composição da magistratura, porque seria o Presidente do Estado quem indicaria ao tribunal o terço da sua constituição e ficaria livre a magistratura de pressão dos poderes estaduais. Afirmou ainda que sempre foram pela dualidade da magistratura os governadores de Estado e os partidos políticos e relatou que na magistratura de Minas certos juizes, aplicando a lei eleitoral, escamoteavam livros, falsificavam atas e fraudavam eleições, o que provava que os juizes são fracos diante do poder.

O Sr. Oliveira Vianna manifestou-se favoravelmente à unidade da magistratura. Afirmou que o problema da unidade ou da dualidade da magistratura era um problema de técnico político assim formulado: “Levando em conta a experiência acumulada nesses quarenta anos e em face da realidade presente é ou não conveniente aos interesses das populações nacionais passar para a União a magistratura até agora pertencente aos Estados?” (AZEVEDO, 2004 p. 412). Para ele, a resposta era afirmativa. Disse que a justiça, tal como a organizavam os Estados, era má, não tanto porque fosse corrupta, mas, principalmente, porque era uma justiça fraca, sem força nem moral nem material para reagir contra a pressão que sobre ela exerciam as “máquinas” partidárias locais. Afirmou que só três ou quatro Estados tinham uma boa justiça; os dezesseis ou dezessete restantes padeciam dos males de uma justiça dependente, ineficiente, mal paga. Para ele, a pressão política partidária teria criado três tipos de juizes: “o juiz maleável, que se acomoda e transige; o juiz tímido, que se retrai, omite; o juiz faccioso, que se faz instrumento dos partidos e *fac-totum* dos coronéis” (AZEVEDO, 2004, p. 413). Em sua opinião, salvo em alguns trechos policiados das regiões do sul, o juiz, “dependendo como está, pela faculdade de nomeação, remoção e promoção, dos governos dos Estados e, portanto, das ‘máquinas’ partidárias dominantes, não tem força material, nem moral para realizar na sua plenitude, sua missão superior”. Dentro da realidade social da época, só existiria um meio de pô-la à altura desta missão: “é colocá-la sob a égide da União” (AZEVEDO, 2004, p. 414). A oposição dos Estados contra a unificação das justiças vinha, segundo ele, não de suas populações, mas das “máquinas partidárias montadas pelas oligarquias locais. Estas não querem ficar sem os juizes porque sabem que isto importará em reduzi-las de 50 a 80% da sua força”. (AZEVEDO, 2004, p. 416).

O Sr. Carlos Maximiliano argumentou que Hans Kelsen, “o maior constitucionalista contemporâneo”, ao elaborar a lei suprema da Áustria, chamou este país de república federativa, apesar de prevalecer ali a unidade da magistratura (AZEVEDO, 2004, p. 417).

O ministro Arthur Ribeiro apresentou projeto que previa a unidade da justiça. Na **22ª sessão**, em 23 de janeiro de 1933, houve uma votação quanto ao tema.

O Sr. Themístocles Cavalcanti votou pela unidade da justiça.

O Sr. Góes Monteiro disse que o juiz tem grande influência no processo eleitoral e "se torna faccioso porque sua nomeação e promoção dependem dos poderes políticos" (AZEVEDO, 2004, p. 427). Para ele, pela legislação vigente, o Estado organizava a sua justiça, ficando a União com uma competência restrita não só para a organização judiciária, como para a nomeação dos magistrados. Preferiria que o projeto fosse redigido de tal modo que os órgãos do poder Judiciário fossem organizados de acordo com uma lei que restringisse, tanto quanto possível, o arbítrio da nomeação dos juizes e da organização judiciária.

O Sr. João Mangabeira afirmou que o projeto de Arthur Ribeiro continha três falhas: o juiz continuaria na dependência da nomeação pelo Presidente do Estado, na do Tesouro estadual e na das leis de organização judiciária do Estado.

O Sr. Oswaldo Aranha respondeu que era "absurdo acreditar que todos os magistrados nomeados sejam sem qualidade, e se julguem o resto da vida dependentes do nomeador! O nomeador passa." Ao que João Mangabeira retrucou: "E fica o aparelho de promoção." (AZEVEDO, 2004, p. 429).

O Sr. Góes Monteiro propôs que fosse a própria Justiça quem escolhesse e organizasse a magistratura.

Na votação da parte referente à organização da justiça dos Estados, foi aprovada sem debate a letra "a" assim redigida: "A magistratura local obedecerá... a) **concurso** para a investidura nos primeiros graus." **(destacamos))** (AZEVEDO, 2004, p. 439).

Também foi sem debate aprovada a letra "b" assim redigida: "Acesso por merecimento e por antiguidade, na proporção de **2 por antiguidade e 1 por merecimento**." **(destacamos)** (AZEVEDO, 2004, p. 439).

Foi anunciada a votação da letra "c" que previa: "Nomeação e acesso mediante proposta dos tribunais judiciários superiores, em listas organizadas, pela forma que a lei determinar, podendo, nas de merecimento, entrar juristas de notório saber e reputação, **embora estranhos à magistratura**". **(destacamos)** (AZEVEDO, 2004, p. 440).

O Sr. João Mangabeira votou contra por entender que as nomeações para os tribunais devem ser feitas mediante listas apresentadas pelos presidentes dos Estados.

O Sr. Góes Monteiro foi favorável aos juizes de carreira, mas aceitou o artigo.

Os Srs. Agenor de Roure, Oswaldo Aranha e Themistocles Cavalcanti estavam de acordo.

Assim, foi aprovada a letra “c” contra o voto de João Mangabeira.

Na **28ª sessão**, ocorrida em 6 de fevereiro de 1933, discutiu-se o que a subcomissão havia adotado: a unificação absoluta da justiça ou um sistema misto, em que se criava uma justiça nacional pelas garantias que são dadas aos magistrados pela Constituição Federal e prerrogativa dos Estados de criarem comarcas, nomear juizes e outras faculdades necessárias à organização judiciária. Optou-se, por fim, uma fórmula de transição: se a Federação exigia a dualidade da Justiça, deixou-se para a União o poder de fixar o principal travejamento da atividade judiciária dos Estados.

Assim, no anteprojeto de constituição (Projeto do Itamaraty) o Poder Judiciário foi tratado dentro do título “Da organização federal”:

> Art 49 A justiça reger-se-á por uma lei orgânica votada pela assembleia nacional.
> § 1º Caberá, porém, aos estados fazer sua divisão judiciária e nomear os juizes que neles tiverem exclusivamente jurisdição, observadas as seguintes prescrições;
> a) **concurso** para a investidura nos primeiros graus, sendo a nomeação feita pelo Presidente do Estado, mediante proposta do Tribunal da Relação, enviada em lista tríplice, salvo se os candidatos aprovados forem menos de três;
> b) acesso, na proporção de **dois terços por antiguidade e um terço por merecimento**, procedendo, neste caso, lista tríplice enviada pelo Tribunal da Relação ao Presidente do Estado;
> (...)
> e) composição do tribunal da Relação, na proporção de dois terços dos desembargadores escolhidos entre os juizes de direito, sendo um terço por antiguidade e outro por merecimento, mediante lista tríplice, e **o terço restante composto de juristas de notório saber e reputação ilibada**, mediante lista tríplice, enviada em cada caso **pelo tribunal ao presidente do estado**, **podendo ser nela incluído um juiz.**
> (...)
> § 2º Quando o Tribunal da Relação, por três quartos pelo menos dos seus membros, resolver que o juiz mais antigo não deva ser promovido, indicará o imediato em antiguidade e aquele será aposentado. **(destacamos)**

Percebe-se que no Anteprojeto de Constituição a regra de composição dos tribunais por juristas estranhos à magistratura praticamente não foi questionada, embora tenha sido ressalvada a possibilidade de a vaga a eles destinada fosse preenchida por um juiz. A polêmica maior se deu em torno da participação ou não do Presidente do Estado na escolha de candidatos selecionados pelo tribunal.

5 A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

Na primeira reunião da Comissão Constitucional (Comissão dos 26), ocorrida em 27 de novembro de 1933, as matérias do anteprojeto de constituição foram distribuídas entre os

membros, ficando responsável pelo Poder Judiciário o Sr. Levi Carneiro[18] e o Sr. Alberto Roselli[19].

Nas discussões sobre o Poder Judiciário, foi abordado, novamente, o tema da dualidade/unidade da magistratura. Em seu relatório sobre o Poder Judiciário, Levi Carneiro defendeu a dualidade da magistratura[20]. Em relação à Justiça dos Estados, Levi Carneiro apresentou o seguinte substitutivo, em que propôs a reserva de um quinto (e não mais "um terço") dos lugares dos tribunais para ser preenchido por advogados e membros do Ministério Público (e não entre "juristas de notório saber e reputação ilibada"):

> Da Justiça dos Estados
> Art. 1º Cabe aos estados fazer a divisão e a organização judiciárias de seus territórios e nomear os juizes que as preencham, observados os dispositivos dos arts. 1, § 2º, 6 a 18 (tit. Poder Judiciário), desta Constituição, adaptados aos princípios seguintes:
> a) investidura nos primeiros graus, mediante **concurso de provas**, organizado pelo Tribunal da Relação, sendo a classificação, sempre que possível, em lista tríplice.
> b) investidura nos graus superiores, mediante acesso, **metade por antiguidade e metade por merecimento**, ressalvado o disposto no art. 6º.
> (...)
> § 1º Para as promoções por **merecimento,** será organizada, por escrutínios secretos, lista tríplice, sendo um dos nomes indicados pelo **mesmo Tribunal**, outro pelos **juizes da categoria** de que se fizer a promoção, e outro pelo **Conselho da Seção da Ordem dos Advogados**, e cabendo ao Tribunal fazer a indicação pelo órgão que não a fizer no prazo fixado em lei.
> § 2º Nos casos de promoção por antiguidade, decidirá preliminarmente, o Tribunal da Relação, em escrutínio secreto, se deve ser proposto o juiz mais antigo e se três quartos dos votos forem pela negativa, proceder-se-á a votação sobre o imediato em antiguidade, e assim sucessivamente até se fixar a indicação. Serão aposentados os juizes que o Tribunal, por essa forma, se recusar a indicar para a promoção.
> (...)
> § 6º Na composição dos tribunais superiores **poderão** ser reservados lugares, não excedentes de **um quinto do número total, para serem preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público**, de notável saber jurídico e reputação, dentre uma **lista tríplice** organizada **conforme o § 1º** ou **mediante concurso** conforme a letra *a*. **(destacamos)** (ANNAES, 1936, p. 330-361).

---

[18] Levi Carneiro era, na época, presidente da Ordem dos Advogados.

[19] Alberto Roselli era ministro do Supremo Tribunal Federal.

[20] Assim se manifestou: "A solução da unidade federal da magistratura parece, aliás, reconhecidamente irrealizável. Tanto acresceria ela a força e o prestigio do poder federal; tanto aumentaria os encargos financeiros da União, exigindo, portanto, novas e maiores restrições da capacidade tributária do Estados – que supomos reconhecida, geralmente, a inconveniência de adotá-la. (ANNAES, 1936, p. 347). Por outro lado, Arthur Ribeiro defendeu a unificação da justiça: "Quarenta anos de prática do regime puseram em completa desnudez os graves inconvenientes da dualidade de hierarquias jurisdicionais que, aliás, desde o início, se vinham revelando. Esses inconvenientes podem classificar-se em três grupos: 1) origem de constantes conflitos, com grave prejuízo para o regular andamento dos processos; 2) causa frequente de incertezas no ajuizamento das causas e de consequente insegurança da ordem jurídica, determinando, não raro, a anulação de feitos de marcha lenta e de custo dispendiosíssimo; 3) inteira deficiência do aparelho judiciário federal." **(**(ANNAES, 1936, p 368-369).

A proposta apresentada por Levi Carneiro sobre a justiça dos Estados foi alterada em dois pontos: sobre a promoção por merecimento e sobre a reserva de pessoas estranhas à magistratura na composição dos tribunais superiores. Quanto ao primeiro aspecto, excluiu-se a múltipla participação - do Tribunal, dos juízes da categoria e do Conselho da Seção da Ordem dos Advogados - para a elaboração da lista tríplice. Em relação ao segundo aspecto, substituiu-se a expressão "de notável saber jurídico e reputação" por "de distinto merecimento" e definiu-se que a lista tríplice seria elaborada apenas pelo Tribunal da Relação, excluindo-se, também, sua múltipla elaboração proposta da mesma forma para a promoção por merecimento. No Projeto da Comissão dos 26, o tema foi definido no art. 122:

> Do Poder Judiciário
> Da justiça dos Estados
>
> Art. 122
> (...)
> § 3º **Para promoção por merecimento, o Tribunal organizará lista tríplice por votação em escrutínio secreto**.
> § 4º Na composição dos tribunais superiores poderão ser reservados lugares, não excedentes de um quinto do número total, para serem preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público, **de distinto merecimento**, dentre uma lista tríplice organizada pelo **Tribunal da Relação** ou mediante concurso conforme a letra *a*. **(destacamos)** (ANNAES, 1936, p. 590).

Em sua declaração de voto, o Sr. Alberto Roseli assim manifestou-se sobre a regra do quinto: "Art 122, § 5º(sic) pela supressão das palavras "advogados ou" (ANNAES, 1936, p. 623). Adotada essa sugestão, na composição dos tribunais superiores poderiam ser reservados lugares, não excedentes de um quinto do número total, para serem preenchidos **apenas** por membros do Ministério Público.

Levada a votação em Plenário, venceu a tese de obrigatoriedade da regra - com substituição da expressão "poderão" para "serão" -, foi acrescentada a exigência de "reputação ilibada" e foi superada, ainda, a ideia de seleção mediante concurso público. Eis o texto do projeto aprovado em 2ª discussão:

> Da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios
>
> Art 96 Compete aos Estados legislar sobre sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos observados os dispositivos dos arts. 71 e 72 da Constituição, e ainda os princípios seguintes:
> a) investidura nos primeiros graus, mediante concurso de provas, organizado pelo Tribunal da Relação, fazendo-se a classificação, sempre que possível, em lista tríplice.
> b) investidura nos graus superiores, mediante acesso, metade por antiguidade de classe ou por merecimento, ressalvado o disposto no § 6º
> (...)

> § 2º Nos casos de promoção por antiguidade, decidirá preliminarmente o Tribunal da Relação, em escrutínio secreto, se deve ser proposto o juiz mais antigo; e se três quartos dos votos forem pela negativa, proceder-se-á à votação relativamente ao imediato em antiguidade, e assim sucessivamente, até se fixar a indicação.
> § 3º Para promoção por merecimento, **o Tribunal organizará lista tríplice** por votação em escrutínio secreto.
> (...)
> § 6º Na composição dos tribunais superiores **serão** ressalvados lugares correspondentes a um quinto do número total para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público, **de notório merecimento e reputação ilibada**, escolhidos de lista tríplice, **organizada na forma do § 3º.(destacamos)**

Esse mesmo texto compôs, definitivamente, a Carta de 1934, que modificou apenas a numeração (passou para o art. 104).

Em aparte apresentado no plenário da Assembleia constituinte, na sessão de 7 de abril de 1934, manifestando-se sobre promoção dos magistrados, Levi Carneiro disse que "muitos dos atuais juízes foram nomeados pela livre escolha dos governadores e foram mal escolhidos" (CARNEIRO, 1936, p. 143-144). Ele se referia a nomeações de época anterior ao período revolucionário. Por isso, no seu projeto, propunha organizar a lista de merecimento pelo próprio Tribunal, pelos advogados e pelos tribunais inferiores, e lamentou que o dispositivo foi suprimido.

Com relação à Justiça Federal, Levi Carneiro apresentou o seguinte substitutivo do item "Do Poder Judiciário" na Assembleia Nacional Constituinte:

> Do Poder Judiciário
> Disposições gerais
> (...)
> Art 2º, § 1º Os **Ministros do Supremo Tribunal Federal** serão nomeados, pelo Presidente da República, dentre cinco cidadãos, com os requisitos acima exigidos, **indicados,** na forma da lei, sucessivamente, em escrutínios secretos, um pelas **congregações dos professores catedráticos das Faculdades de Direito** oficiais e reconhecidas oficialmente, um pelo **Conselho Federal da Ordem dos Advogados,** um pelos **juízes federais** de 2ª instância, ou, se os não houver, pelos juízes federais de 1ª instância, e dois pelo próprio **Supremo Tribunal Federal**.
> § 2º Quando se tratar de **Juiz Federal**, de 1ª instância, ou dos tribunais inferiores, ressalvado o disposto nos artigos ... (Justiça Militar e Eleitoral), as **indicações**, na forma determinada pelo § 1º, serão feitas pelas **Congregações das Faculdades de Direito,** pelo **Conselho da Seção da Ordem dos Advogados,** pelo **tribunal local**, do território sob a jurisdição do juiz a ser nomeado, e pelo **Supremo Tribunal Federal.**
> § 3º O STF ou o tribunal federal inferior, apurará os votos remetidos no prazo e sob as condições fixadas na lei e, verificada a legitimidade das indicações, organizará a lista respectiva, completando-a quando alguma das indicações não tenha sido feita, ou o tenha sido irregularmente. **(destacamos)** (ANNAES, 1936, p. 330-361).

Em seguida, apresentou as seguintes observações sobre esse artigo do substitutivo:

> § 1º A organização da lista poderia ser atribuída exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal. Raol de la Grasserie mostrou, em palavras, que a exposição de motivos da comissão presidida pelo Exmo. Sr. Ministro Bento de Faria recordou os **inconvenientes do sistema de cooptação, que torna a magistratura um corpo fechado, e a degrada e atrofia.**
> Assim, para que da formação da lista participem todos os centros de cultura jurídica do país, adotou-se a norma *supra*. **A participação dos advogados, por intermédio da Ordem que o governo instituiu, é particularmente significativa. O Governo Provisório adotou-a em relação à justiça local do Distrito Federal com bons resultados**. A lei ordinária regulará os detalhes do processo de escolha. A apuração de voto será feita, naturalmente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que organizará a lista.
> § 2º Para a escolha dos juízes seccionais e dos tribunais inferiores concorrerão, seguindo o mesmo critério adotado em relação ao STF, os juízes e os centros de atividade jurídica do território de sua jurisdição. **(destacamos)** (ANNAES, 1936, p. 363-367).

As propostas de Levi sobre a organização da Justiça federal foram totalmente rejeitadas. João Mangabeira fez os seguintes comentários sobre o substitutivo de Levi Carneiro a respeito da nomeação dos ministros do STF:

> (...) a inovação introduziria um novo elemento de corrupção na escolha dos juízes... Juizes indicados por advogados, pois o são quase todos os professores, seriam juízes de conchavo, conluio e camarilha...
> (...)
> Também não é aconselhável a nomeação pelos membros do próprio Tribunal. Entre nós não tem provado bem. Sempre e sempre não se desempenhou bem dos seus deveres, ao indicar os nomes, dentre os quais o Presidente da República deveria escolher o juiz federal. A notoriedade do fato dispensa o ônus da prova. (...) Dê-se ao Presidente da República, que em sua pessoa simboliza a Nação, a responsabilidade direta da escolha dos Ministros, dependente, todavia, de aprovação, em sessão e voto secretos, pelo outro Poder em que a Nação se representa [o Senado] (MANGABIERA, 1934, p. 109-111).

O texto que compôs a Constituição de 1934 determinou, no art 74, que os Ministros da Corte Suprema seriam nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade. O art. 78 previa a criação por lei de Tribunais federais, “quando assim o exigirem os interesses da Justiça (...)”. Quanto aos juízes federais, o art. 80 dispôs que seriam nomeados dentre brasileiros natos, de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores e que não tivessem menos de 30, nem mais de 60 anos de idade, dispensado este limite aos que fossem magistrados. O parágrafo único do artigo determinou que a nomeação seria feita pelo

Presidente da República dentre cinco cidadãos com os requisitos acima exigidos, e indicados, na forma da lei, e por escrutínio secreto pela Corte Suprema.[21]

Levi Carneiro manifestou total descontentamento sobre suas proposições que não foram aceitas:

> Reporto-me ao meu parecer sobre a organização do Poder Judiciário. Considero um erro gravíssimo a unidade mista, que o Projeto – aliás, repetindo o Anteprojeto – estabeleceu. Manteria a dualidade da magistratura, pelos motivos que já aduzi e que, oportunamente espero desenvolver. Adotaria, pelo menos, várias emendas que formulei e que não são inconciliáveis com o sistema do Anteprojeto - especialmente sobre nomeações (desde os ministros do Supremo Tribunal Federal até as dos auxiliares de justiça), **tendentes a coibir o desmedido arbítrio do Presidente a República**. **(destacamos)** (ANNAES, 1936, p. 610-611).

Em aparte apresentado no plenário da assembleia constituinte, na sessão de 16 de maio de 1934, a respeito da forma de nomeação dos membros do Supremo Tribunal, Levi Carneiro opinou:

> Sr. Presidente, trata-se de outra questão da maior relevância: vai ser mantida a faculdade, que ora tem o Presidente da República, de nomear livremente os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no momento mesmo em que se estabelece que esse presidente não poderá mais nomear, por sua livre vontade, nenhum juiz, nenhum funcionário administrativo do mais baixo grau de hierarquia.
> (...)
> Desejo apenas recordar aquele documento em que Ruy Barbosa, o maior e mais extremado defensor da majestade do Supremo Tribunal Federal, pedia reiteradamente, ao Presidente Afonso Penna, a nomeação de um magistrado estadual, afirmando que ela honraria o presidente que a fizesse, e declarando merecer um lugar no inferno o que nomeasse maus magistrados. No entanto o presidente Afonso Penna, que foi quem nomeou Pedro Lessa para o Supremo Tribunal, resistiu a essa solicitação reiterada do seu grande amigo político e pessoal. V. Ex. bem apreenderá, Sr. Presidente, a significação do episódio: nem sempre os chefes de governo terão o heroísmo dessa resistência, muitos têm fraqueado e hão de fraquear. Alguns hão de ser os primeiros a sentir a vantagem de declinar da livre escolha, como mostrou, aliás, o honrado Chefe do Governo Provisório, que solicitou ao Supremo Tribunal a organização de uma lista para o preenchimento da vaga em virtude da qual foi nomeado o Ministro Costa Manso; e que, em relação a Justiça local do Distrito, designou uma comissão permanente para organizar as listas de onde saíram todas as nomeações e promoções. (CARNEIRO, 1936, p. 289).

Também na imprensa, Levi Carneiro manifestou seu descontentamento. Em cartas enviadas ao Jornal do Comércio, de 12 e 14 de maio de 1934 (CARNEIRO, 1936, p. 289), Levi apresentou sua emenda ao projeto de Constituição visando estabelecer um processo especial de escolha de juizes da Corte Suprema e dos demais tribunais federais e locais. Afirmou que não pretendia qualquer cargo judiciário e declarou que sua emenda resultou da convicção de

[21] Araújo Castro explica que esse dispositivo se refere não só aos juizes federais de primeira instância como aos tribunais de segunda instância que fossem criados na forma do art. 78. (CASTRO, 1936, p. 281).

restringir o arbítrio do Presidente da República e dos Governadores estaduais no provimento de cargos públicos.

Quanto ao sistema misto que propôs – o tribunal e outros elementos indicariam nomes e a escolha caberia ao Presidente da República – para escolha de ministro da Corte Suprema, afirmou que recebeu objeções quanto ao inconveniente da participação dos advogados na constituição dos tribunais ao que respondeu: “ninguém conhece melhor os juizes – nem distingue melhor o bom juiz e o mau juiz – do que o advogado” (CARNEIRO, 1936, p. 675).

Argumentou que a nomeação de advogados para altos cargos da magistratura era regra geral na Inglaterra e nos Estados Unidos e que na Inglaterra e na França os advogados substituíam os juizes.

Ele enfrentou a crítica de que seu desejo, com a proposta de nomeação dos juízes, era elevar a Ordem dos Advogados, o que admitiu, argumentando que ao elevá-la serviria “bem a causa pública” (CARNEIRO, 1936, p. 677).

No Jornal do Comércio de 10 de junho de 1935 (CARNEIRO, 1936, p. 678-697), ao abordar o tema “O poder judiciário na Constituição nova”, Levi Carneiro também lamentou que a Assembleia Constituinte tenha deixado de realizar a reforma necessária sobre o Poder Judiciário.

Sobre sua proposta para a nomeação de juízes, disse que não adotou o princípio da cooptação de juízes, porque supunha condenado pela experiência de vários países. Por isso, formulou um sistema em que representantes dos advogados e dos professores de Direito e da magistratura organizariam listas em que o Poder Executivo escolheria os nomes dos juizes que nomearia para a Corte Suprema ou promoveria por merecimento. A fim de restringir o arbítrio do Poder Executivo, propôs a elevação da quota de merecimento, para as promoções à metade. E também restringiu a parte que nas nomeações para os tribunais o anteprojeto garantia aos advogados e membros do Ministério Público: em vez de um terço obrigatoriamente, apenas um quinto, no máximo, facultativamente. Em razão disso, defendeu-se: “Não se dirá que me dominasse o espírito de classe...” (CARNEIRO, 1936, p. 684).

Como se percebe, pouco se discutiu sobre a regra da participação de pessoas estranhas à magistratura nos tribunais. A maior preocupação de Levi Carneiro, que ficou responsável na Assembleia Nacional Constituinte pela elaboração do relatório sobre o Poder Judiciário, era impedir o arbítrio do Presidente da República na nomeação dos juízes. Embora tenha alegado não ter sido dominado pelo “espírito de classe”, percebe-se que o Presidente da OAB tentou inserir, tanto nos critérios de promoção por merecimento, quanto nos de

nomeação de advogados e membros do Ministério Público nos tribunais, dos ministros do STF e dos juízes federais, um sistema misto com a participação dos advogados na seleção.

Comparando-se as regras aprovadas pelo Anteprojeto de Constituição e pela Assembleia Constituinte, nota-se que, enquanto aquela previa que o tribunal se comporia de um terço de juristas de notório saber e reputação ilibada, podendo ser, inclusive, um juiz, esta dispôs que um quinto do número total de desembargadores seria preenchido por advogados, ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada. Observa-se que embora o número de vagas reservadas pela regra tenha diminuído, houve a especificação de que elas deveriam ser preenchidas por advogados ou membros do Ministério Público, excluindo-se a possibilidade de preenchimento por juízes.

6 O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público foi incluído na Constituição de 1934 entre os "Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais". O art. 95, § 3º previu, pela primeira vez, a nomeação dos membros do Ministério Público Federal mediante concurso público.[22]

Competia às Constituições estaduais estabelecer as garantias dos Ministérios Públicos locais.[23] SAUWEN FILHO (1999, p. 140) informa que "Dos vinte estados que compunham a União Federal, na época da Constituição de 1934, somente três deles não acompanharam a Lei maior, em relação às garantias do Ministério Público: Mato Grosso, Goiás e Minas Gerais." O mesmo autor, comentando as disposições da Carta de 1934, destaca de positivo para a instituição o fato de ter sido consagrada a igualdade dos seus membros em relação aos magistrados, "não só no tocante à importância e dignidade funcional, como também no que respeitava às garantias e privilégios institucionais (*sic)*", embora observe que o Ministério Público fosse "considerado, tratado e utilizado pelos governantes como instrumento de sua política" (SAUWEN FILHO, 1999, p. 142-143). De fato, a dependência

---

[22] "Art 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais. § 1º - O Chefe do Ministério Público Federal nos Juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível *ad nutum*. 2º - Os Chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Território serão de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores. § 3º - Os membros do **Ministério Público Federal** que sirvam nos Juízos comuns, serão nomeados **mediante concurso** e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa". **(destacamos)**

[23] Era o que previa o art. 7º, I, "e" da Constituição de 1934: "Art 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: (...) e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais".

do *Parquet* ao Poder Executivo era entendimento recorrente entre os políticos da época[24], sendo formalmente defendida por autores atuais.[25]

---

[24] Getúlio Vargas, em suas razões de veto parcial ao Decreto nº 5 de 24 de janeiro de 1935, que dispunha sobre o provimento dos cargos do Ministério Público Eleitoral: "Há autores, é certo, que vêem no Ministério Público uma verdadeira magistratura. Mas, mesmo sob o regime da Constituição de 91, sustentava João Monteiro que o referido instituto era "realmente órgão do poder executivo" (Proc. Civ. e Comm., vol. I, §51, p. 235). E Milton, em um do de seus comentários ao nosso anterior estatuto, modificando a definição de Carré, dizia que Ministério Público era uma função exercida "em nome do Chefe do Governo" (A Constituição do Brasil, 2.ed., comm, ao art. 58, p. 284). Era por meio dos membros do Ministério Público, escreve Carlos Maximiliano, que "o Governo influía beneficamente nos Tribunais, provocando-lhes a ação, defendendo o interesse geral e a observância criteriosa das leis..." (Comentários à Constituição, 3.ed., n°. 380, p. 622). (...) pois, tratando-se, como se trata, de órgão de "cooperação na atividade do Governo", devem os seus representantes, ser a expressão da confiança direta do Governo. A nomeação do procurador-geral e dos Procuradores da República fazia-o Chefe do Executivo sem necessidade da indicação de nomes por parte do judiciário (arts. 109 e 119 da Consolidação das leis referentes à Justiça Federal). Era assim concedido ao Ministério Público, posto, no § 2º do Art. 58 do estatuto de 91, que se determinasse que fosse o procurador-geral da República designado "dentre os membros do Supremo Tribunal Federal".
A nova Constituição, porém, separou completamente o Ministério Público do Poder Judiciário. Tornou, mesmo, incompatíveis as funções de um e de outro (arts. 65, 97 e 172 § 1º). Mais ainda. O Estatuto vigente, além da instituição dos poderes legislativo, executivo e judiciário, estabeleceu em capítulos especiais (V e VI do Titulo I), a criação de um órgão coordenador dos poderes, o Senado Federal, e a de "órgãos de cooperação nas atividades governantes", entre os quais foi colocado, em primeiro lugar, o Ministério Público. Como se vê, o Senado é um órgão que atua entre os poderes políticos; **o Ministério Público é um órgão que coopera na atividade do Governo, e por governo se deve entender aqui o Poder Executivo. (destacamos)** Esse trecho das razões de veto parcial ao Decreto nº 5 de 24 de janeiro de 1935 foi retirado de SAUWEN FILHO, 1999, p. 140-141. Interessante observar que Getulio Vargas atuou como Promotor Público em Porto Alegre no período entre 1908 e 1909. Para saber sobre essa atuação ver BISCHOFF; SOUTO (2006).
Também Pontes de Miranda discutiu a questão de ter sido o Ministério Público incluído entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais. Comentou que a expressão "cooperação" era singularmente ambígua: poderia querer-se dizer com esta palavra que o Ministério Público é órgão por si mesmo, autônomo, órgão da lei ou do interesse público a que se aplique a lei, e não um dos órgãos do Poder executivo; mas se a cooperação fosse interna ao Poder executivo, a entidade era Poder executivo. MIRANDA, p. 777.

[25] Em sua tese de doutoramento, LOPES (2000, p. 70-71) defende que, historicamente, o *Parquet* brasileiro tem sido dependente do Poder Executivo e, diferentemente de outros autores, afirma que o Ministério Público sempre foi órgão do Poder Executivo até a Carta de 1988. De acordo com o autor, "Por subestimar ou até descurar da centralidade do aspecto funcional, os comentaristas costumam, equivocadamente, classificá-lo em função do título, capítulo ou seção constitucional na qual o Ministério Público se localiza na Constituição (...)
Na verdade, a alocação institucional do Ministério Público não foi tratada, Constituição a Constituição, *pari passu* por nenhum autor. Se o fizesse, aplicando o critério da cláusula constitucional referida, chegaria a resultados absurdos: no Império, o Procurador da Coroa (apesar do nome!) integraria o Poder Legislativo (pois está no capitulo do Senado) (...)
Os aspectos institucionais já elencados (diretivo, estrutural e funcional) consistem nos critérios mais adequados à análise das relações do *Parquet* com os Poderes de Estado, não restando dúvidas e indicando que o Ministério Público *sempre foi órgão do poder executivo* até a Carta de 1988, pela qual passou a ser órgão independente dos vários Poderes estatais.
Tal conclusão se impõe pela aplicação dos critérios diretivo – ora sua chefia era escolhida apenas pelo chefe do Executivo e/ou demissível pelo mesmo; estrutural – suas verbas advinham da parcela orçamentária do Poder Executivo; e principalmente, funcional – sempre a missão de representar a fazenda Pública. A pouca relevância dada a este aspecto institucional, tão marcante da história do nosso *Parquet*, tem levado excelentes comentaristas da instituição a lamentáveis equívocos, baseados em considerações de pura técnica legislativo-constitucional e que nublam a profundidade da ruptura operada em 1988. Não importa a previsão do Ministério Público apartado dos capítulos destinados aos Poderes (caso das Constituições de 1934 e 1946), se o dirigente da instituição permanecia destituível *ad nutum* pelo Presidente da República ou se lhe cabia a advocacia do Estado. Nem pertenceu ao Poder Judiciário por ali ter sido previsto (caso da Constituição de 1937 e 1967), mas, pelas mesmas razões já aduzidas, era órgão do executivo que *atuava* perante o Poder Judiciário."

Deixamos esta discussão de lado para ressaltarmos o que é mais importante para este trabalho: a Constituição de 1934 separou as funções do Ministério Público e do Judiciário, mas permaneceu a identificação daquele com a atividade da advocacia, resquício da República Velha – como advogados do Estado.

7 O QUINTO CONSTITUCIONAL NAS CONSTITUIÇÕES POSTERIORES À DE 1934

Na Constituição de 1934, a regra do quinto apresentava a seguinte formulação: Na composição dos Tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada pelo tribunal, por votação em escrutínio secreto (art. 104, § 6º). Portanto, os tribunais escolhiam a lista de advogados e membros do Ministério Público e encaminhavam ao Executivo.

Na Constituição de 1937, a regra constava no art. 105, nos seguintes termos: "Na composição dos Tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice". Em relação à constituição anterior, houve apenas a retirada da votação em escrutínio secreto, permanecendo a regra.

Segundo Pontes de Miranda, na aplicação da regra jurídica do art. 104, § 6º da Constituição de 1934 duas correntes se formaram dentro das Cortes de Apelação:

> Uma, fundada em que, para a aplicação, se teria de verificar quantos eram os juizes da então Corte de Apelação que saíram, por merecimento ou por antiguidade, dos quadros da mesma Justiça (não de outros Estados-membros, porque seriam pessoas estranhas aos quadros), de modo que, se o número deles não perfizesse um quinto do total dos juizes, se teria de preencher. Se o perfizesse, somente quando um deles falecesse ou fosse posto em disponibilidade, aposentado ou exonerado, incidiria a regra. Se o número deles excedesse o quinto, as vagas que se dessem, ao depois seriam preenchidas conforme o então art. 104, b (...) até que se completasse o número de juizes oriundos dos quadros da *mesma* Justiça, isto é, quatro quintos. Assim, eram levadas em conta as nomeações feitas antes de 1934, em razão da *origem* de cada um. A outra corrente tudo queria *ex novo*: nada se tinha de investigar quanto ao passado; entrariam como componentes dos quatro quintos todos os juizes existentes e, à medida que se dessem vagas, quatro seriam para os membros da mesma Justiça e uma para os estranhos. Desde logo ressalta a ilogicidade, a parcialidade, com que se pretendeu disfarçar com sofismas de interpretação dos textos constitucionais **a ânsia de introdução apressada de elementos tirados da advocacia ou do Ministério Público – isto é, da política – na composição das então Cortes de Apelação**. (**destacamos**) (MIRANDA, 1953, p. 179).

O autor (1953, p. 179) observa que por ocasião da aplicação do texto de 1937 volveram à batalha as duas correntes, mas quer em 1934, quer em 1937, preponderou a primeira corrente. As duas correntes representavam, de um lado, os interesses dos juízes de carreira e, de outro, o dos advogados e membros do Ministério Público.

Outra dúvida que surgiu na aplicação dessa regra foi quanto a se saber se na lista a ser enviada pelo tribunal com os três nomes haviam de figurar, necessariamente, advogados e membros do Ministério Público ou se poderia ser feita lista só de advogados ou só de membros do Ministério Público. Tanto o texto de 1934, quanto o de 1937, previam a disjuntiva "ou" (advogados ou membros do Ministério Público). Na opinião de Pontes de Miranda, o Tribunal teria total liberdade de escolha, podendo se inclinar, inclusive, pela repetição indefinida da indicação exclusiva de uma só das carreiras, **por entender que ambos pertenceriam à mesma classe** (MIRANDA, 1938, p. 193). Essa foi a opinião que prevaleceu até a entrada em vigor da Constituição de 1946 que determinou: escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado.

Quanto à constituição de 1946, o texto do seu anteprojeto dispunha, segundo DUARTE, (1947, p. 430-461) que na composição dos Tribunais Superiores seriam reservados lugares correspondentes a um quinto do número total para que fossem preenchidos, alternadamente, por advogados e membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense, escolhidos em tríplice organizada pelo Tribunal e em escrutínio secreto. O autor relata que na constituinte foram apresentadas três emendas sobre o tema: uma de Mário Masagão para que se dissesse "metade" e não "um quinto"; outra de Edgar Arruda, mandando alternar as nomeações dos membros do Ministério Público com as dos advogados e a terceira de Agamenon Magalhães, para substituir "um quinto" por "um terço".

Nas discussões, Milton Campos afirmou que a inovação da Constituição de 34 vinha dando excelentes resultados, mas se fosse dado mais de um quinto estar-se-ia prejudicando a carreira da magistratura, reduzindo as possibilidades dos magistrados atingirem o cume da carreira. Mário Masagão defendeu que a sua classe, a dos advogados, era bem maior que a do Ministério Público e dar a ambos a mesma oportunidade era tratar de modo idêntico coisas desiguais. Prado Kelly propôs a emenda: "Escolhido um membro do Ministério Público, caberá obrigatoriamente ao advogado o preenchimento da vaga, na vez seguinte, dentro do critério estabelecido". Nereu Ramos alertou que nos Estados em que entrava apenas um advogado ou membro do Ministério Público a escolha sempre recaia em órgão do Ministério Público, no Procurador-Geral do Estado, porque era delegado de confiança do chefe do

Executivo e estava em convívio com os membros do Tribunal, frustrando o objetivo do projeto de injetar sangue novo nos tribunais[26], pois, com poucas exceções, nos Estados só entraram nos tribunais os procuradores gerais na vaga destinada aos advogados. Ivo de Aquino opinou pela retirada da expressão "ou membro do Ministério Público" porque entendeu que advogados são todos aqueles inscritos na Ordem dos Advogados. Costa Neto disse que os membros do Ministério Público não podiam exercer a profissão de advogado em razão do volume de serviço que exerciam na sua função oficial. O Procurador-Geral do Estado era demissível *ad nutum* e não tinha as qualidades funcionais; quando entrava em lista para ser nomeado desembargador não estava representando o Ministério Público, mas a classe dos advogados. Nereu Ramos se manifestou contra a supressão da expressão "ou membro do Ministério Público" e a favor da alternância proposta por Prado Kelly, pois embora os membros do Ministério Público fossem advogados, se não houvesse alternância seria sempre indicado o Procurador-Geral do Estado, órgão do Ministério Público.

Foram aprovadas em primeiro turno a emenda de Prado Kelly (alternância entre advogados e membros do Ministério Público) e a de Agamenon ("um terço"). Após a votação no plenário, o texto final da Carta de 1946 estabeleceu, no art. 124, V, que:

> Na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista tríplice. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado.

Em relação à Constituição anterior, manteve-se a reserva de um quinto e criaram-se as exigências de dez anos de prática forense para advogados e membros do Ministério Público, votação por escrutínio secreto e alternância entre advogados e membros do Ministério Público para preenchimento da vaga.

No Diploma de 1967 a regra foi prevista no art. 136, IV:

> Na composição de qualquer Tribunal será preenchido um quinto dos lugares por advogados em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público,

[26] Segundo Nereu Ramos, "os que estiveram na Constituinte de 1934 sabem que o dispositivo fora despertado, sobretudo, pela lembrança do papel que Pedro Lessa representou no Supremo Tribunal, época em que o Tribunal começou a crescer de prestígio no Brasil e lá ingressaram grandes advogados" (DUARTE, 1947, p. 430-461). Cabe destacar que o advogado Pedro Augusto Carneiro Lessa foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal em Decreto de 26 de outubro de 1907 e destacou-se na construção da famosa teoria brasileira do *habeas corpus*, que veio a culminar com o mandado de segurança. Ele faleceu na cidade do Rio de Janeiro, no dia 25 de julho de 1921. Os advogados brasileiros ofereceram ao Supremo Tribunal Federal, em 25 de setembro de 1925, o busto de Pedro Lessa, discursando na ocasião o Dr. Levi Carneiro, com agradecimento do Ministro Edmundo Lins. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

> todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares no Tribunal reservados a advogados ou membros do Ministério Público serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicadas em lista tríplice.

Comparando-se com o texto anterior, acrescentou-se que os advogados deveriam estar em efetivo exercício da profissão e que as vagas seriam preenchidas "respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público". Comentando o excerto, MIRANDA (1967, p. 310) explica que o que há de se entender diante do advérbio "respectivamente" é que "a cada vaga de desembargador que fora membro do Ministério Público há de corresponder escolha de membros do Ministério Público e a cada vaga de desembargador que fora advogado há de corresponder escolha de advogados".

Mesmo após a Emenda Constitucional nº 1/69 foi preservada essa mesma disposição no corpo do inciso IV do art. 144.[27]

A regra em vigor atualmente consta no art. 94 da Constituição Federal de 1988:

> Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Como se percebe, na vigente Constituição da República - em relação aos textos constitucionais anteriores - a seleção originária dos candidatos ao "quinto" se transferiu dos tribunais para "os órgãos de representação das respectivas classes" - do Ministério Público e da advocacia -, incumbidos da composição das listas sêxtuplas.

De acordo com o artigo citado, um quinto dos lugares nos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e nos Tribunais Regionais Federais devem ser reservados aos membros do Ministério Público e aos advogados. Os órgãos de representação das classes dos advogados – Conselho Federal e Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil - e do Ministério Público – Conselho Superior em relação ao Ministério Público estadual e Colégio de Procuradores em relação ao Ministério Público da União - indicam seis nomes. O tribunal para o qual foram indicados escolhe três dos seis nomes. Depois a escolha é feita pelo Chefe do Executivo (o Governador de Estado em se tratando de Tribunal Estadual e o

---

[27] "Na composição de qualquer Tribunal um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membro do Ministério Público, indicados em lista tríplice".

Presidente da República na hipótese do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e dos Tribunais Regionais Federais), que seleciona um nome dentre os três previamente escolhidos pelo tribunal. Portanto, participam do procedimento de escolha o órgão de classe, o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Percebe-se que desde a estreia (Constituição de 1934) a regra do quinto constitucional esteve presente em todos os textos constitucionais que se sucederam, logrando acompanhar a evolução dos institutos jurídicos do País. Daí a importância do estudo da origem da regra para entendermos a sua aplicação atual.

8 CONCLUSÃO

Durante a elaboração da Constituição de 1934, a unidade ou dualidade da Justiça e o modo de nomeação dos magistrados foram alguns dos temas mais debatidos, tanto pela Comissão do Itamaraty, como na Assembleia Nacional Constituinte. Questionava-se a interferência de interesses políticos nas decisões judiciais e na formulação de normas, a subordinação política do judiciário, principalmente frente ao executivo, o domínio das oligarquias estaduais sobre o judiciário, fatos reclamados durante toda a República Velha.

A Constituição de 1934 trouxe algumas inovações a esse respeito. Quanto ao *Parquet*, ela previu, pela primeira vez, a nomeação dos membros do Ministério Público Federal mediante concurso público; separou as funções do Ministério Público e do Judiciário e consagrou a igualdade dos seus membros em relação aos magistrados. No entanto, permaneceu a identificação dos seus membros com a atividade da advocacia – como advogados do Estado. Às Constituições estaduais competia estabelecer as garantias dos Ministérios Públicos locais (art. 7º, I, “e”). A instituição de concursos públicos serviria para que seus membros não fossem utilizados como instrumento de ação partidária, como ocorria durante a vigência da constituição anterior. Destaca-se que a dependência do *Parquet* ao Poder Executivo era entendimento recorrente entre os juristas da época, o que também é mencionado pelos atuais.

No que tange ao Judiciário, pela primeira vez, houve a vedação de atividade político-partidária aos magistrados na constituição. Esta Carta determinou, ainda, a uniformização da legislação adjetiva a ser adotada pelos tribunais no exercício de suas competências e manteve a dualidade da organização judiciária. A justiça dos estados foi bastante contemplada na constituição, que criou a carreira da magistratura e também uniformizou a denominação do órgão máximo dos Estados em Corte de Apelação.

Foi prevista também a Justiça do Trabalho, uma Justiça administrativa, com órgãos vinculados não ao Judiciário, mas ao Executivo.

No que se refere à investidura dos Ministros da Corte Suprema, o texto que compôs a Constituição de 1934 dispôs que seriam nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade.

Já os juízes federais seriam nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros natos de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, e que tivessem entre 30 e 60 anos de idade, dispensado este limite aos que fossem magistrados. A nomeação seria feita dentre cinco cidadãos com os requisitos acima exigidos, e indicados, na forma da lei, e por escrutínio secreto pela Corte Suprema.

Em relação à Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, a Constituição exigiu concurso para investidura nos primeiros graus e acesso aos graus superiores por antiguidade de classe e por merecimento, ressalvada a regra do quinto constitucional.

Essa Constituição teve vida curta. No entanto, ela consolidou a participação de advogados e membros do Ministério Público nos colegiados dos tribunais, com a criação da regra do quinto constitucional.

Analisando a elaboração dessa Carta, percebe-se que no Anteprojeto de Constituição a regra de composição dos tribunais por juristas estranhos à magistratura praticamente não foi questionada, embora tenha sido ressalvada a possibilidade de a vaga a eles destinada fosse preenchida por um juiz. A polêmica maior se deu em torno da participação ou não do Presidente do Estado na escolha de candidatos selecionados pelo tribunal.

Na Assembleia Nacional Constituinte também pouco se discutiu sobre a regra da participação de pessoas estranhas à magistratura nos tribunais. A maior preocupação de Levi Carneiro, que ficou responsável pela elaboração do relatório sobre o Poder Judiciário, era impedir o arbítrio do Presidente da República na nomeação dos juízes. Embora tenha alegado não ter sido dominado pelo “espírito de classe”, percebe-se que o Presidente da OAB tentou inserir, como critério de composição dos tribunais, um sistema misto com a participação dos advogados na seleção.

Comparando-se às regras aprovadas pelo Anteprojeto de Constituição e pela Assembleia Constituinte, nota-se que, enquanto aquela previa que o tribunal se comporia de um terço de juristas de notório saber e reputação ilibada, podendo ser, inclusive, um juiz, esta dispôs que um quinto do número total de desembargadores seria preenchido por advogados ou

membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada. Observa-se que, embora o número de vagas reservadas pela regra tenha diminuído, houve a especificação de que elas deveriam ser preenchidas por advogados ou membros do Ministério Público, excluindo-se a possibilidade de preenchimento por juízes.

Nas discussões travadas a respeito da aplicação da regra, constatamos a presença de duas correntes que representavam, de um lado, os interesses dos juízes de carreira e, de outro, o dos advogados e membros do Ministério Público.

Nas Cartas de 1934 e de 1937, prevaleceu o entendimento de que advogados e membros do Ministério Público pertenceriam à mesma classe. Nos diplomas de 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69 ficou determinada a alternância de vagas entre uns e outros.

Tanto na Constituição de 1934 como nas demais até a EC nº 1/69, os tribunais é que escolhiam a lista de advogados e membros do Ministério Público e encaminhavam ao Executivo. Assim, participavam do procedimento tanto o Poder Judiciário como o Executivo. Na Constituição vigente, a seleção originária dos candidatos ao quinto se transferiu dos tribunais para "os órgãos de representação das respectivas classes" - do Ministério Público e da advocacia -, que são incumbidos da composição das listas sêxtuplas. O tribunal para o qual os candidatos são indicados escolhe três dos seis nomes. Depois, a escolha é feita pelo Chefe do Executivo, que seleciona um nome dentre os três previamente escolhidos pelo tribunal. Portanto, participam do procedimento de escolha o órgão de classe, o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Observamos que a proposta de participação de pessoas estranhas à magistratura nos tribunais feita na Constituição de 1934 gerou poucas divergências, que se concentraram em torno do modo de seleção dessas pessoas. Cabe destacar que o Decreto nº 5.053 de 6 de novembro de 1926, que modificou a organização judiciária do Distrito Federal na República Velha, possibilitou que o governo escolhesse, livremente, para os cargos de desembargadores, advogados e membros do Ministério Público. Com a Carta de 1934 a escolha dos candidatos passou a ser feita pelo tribunal e encaminhada ao Executivo. A intenção dessa modificação era, certamente, evitar o puro arbítrio do governante.

No entanto, a ideia de participação de advogados e membros do Ministério Público nos tribunais como desembargadores foi apresentada sem qualquer perplexidade, o que indica uma aceitação prévia sobre o assunto, e demonstra a demarcação do campo dos bacharéis-advogados.

Conforme se depreende dos anais da assembléia constituinte, o governo provisório havia designado comissão permanente para organizar listas para nomeações e promoções de

juízes na justiça local do Distrito Federal, contando com a participação da Ordem dos Advogados, que o governo instituiu. Destaca-se que a OAB foi criada "de carona" no decreto que tratava exclusivamente da Reorganização da Corte de Apelação do Distrito Federal, em razão do pedido feito pelo Procurador-geral do Distrito Federal ao Ministro da Justiça. Fica demonstrada, portanto, a relação de proximidade entre os membros do IOAB, e depois, da OAB, com o governo – Distrito Federal.

Como já foi mencionada, a instituição da OAB não se deu por mera uma iniciativa da política corporativa do governo Vargas, mas representou o sucesso na estratégia de profissionais que vinham implementando por várias décadas. Reiterando a afirmação de Bonelli (1999, p. 72), havia "uma clara intencionalidade por parte dos membros do IOAB em criar uma corporação com poder de controlar o mercado antes de Vargas chegar à Presidência da República". Assim, a institucionalização da Ordem dos Advogados significou o sucesso da implementação da estratégia usada pelos bacharéis, que se foram demarcando de outras elites, para fundamentar sua indispensabilidade do Estado.

Entendemos que a criação da regra do quinto constitucional é conseqüência, dentre outros fatores, dessa estratégia de demarcação de território pelos bacharéis-advogados, que se iniciou com a criação do IOAB e se ampliou com a criação da OAB.

REFERENCIAS

ALEMÃO, Ivan. *OAB e sindicatos. Importância da filiação corporativa no mercado*. São Paulo: LTr, 2009.

Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. V 10 Imprensa Nacional Rio de Janeiro, 1936.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional: Atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933*. Ed. faculdade-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2004.

BAETA, Herman Assis (Coordenador). *História da Ordem dos Advogados do Brasil*. Volume 2 Luta pela criação e resistências.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. I volume. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932.

BIOAB. *Boletins do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros* publicados entre 1930 e 1934. As publicações foram reencadernadas e constam no acervo da Biblioteca do Instituo da Ordem dos Advogados Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro

BISCHOFF, Alvaro e SOUTO, Cíntia Vieira. “Getúlio Vargas Promotor” *in IV Mostra de pesquisa do Arquivo Público do Estado do Rio Grande do Sul* (4. : 2006 : Porto Alegre, RS). Anais: produzindo história a partir de fontes primárias / org. Marcia Medeiros da Rocha. – Porto Alegre: CORAG, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projeto de Lei e Outras Proposições. *PEC 262/2008*. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=398998

BRASIL. Coleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1926. Vol I. Actos do Poder Legislativo (janeiro a dezembro) *Decreto nº 5.053 de 6 de novembro de 26*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1927, p. 76.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937).* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm

CARNEIRO, Levi. *Pela Nova Constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1936, Narrativa.

CASTRO, Araújo. *A nova constituição brasileira.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936.

DUARTE, José. *A constituição brasileira de 1946. Exegese dos textos à luz da assembleia Constituinte*. 2º volume. Rio de Janeiro, 1947, p. 430-461.

FGV. CPDOC. Navegando na história. *A Era Vargas. O primeiro governo Vargas: dos anos 20 a 1945*. Disponível em http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies. Acesso em 03 jan 2012.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania. O novo Ministério Público Brasileiro*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2000.

MANGABIERA, João. *Em trono da Constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Guanabara.

_____. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, t. III, 1938, p. 193.

_____. *Comentários à Constituição de 1946.* 2ª edição. Vol. III. São Paulo: Max Limonad, 1953.

_____. *Comentários à Constituição de 1967.*Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO. Portal da memória. História da OAB. *A criação da OAB.*

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen *Origem e fundamentos da participação dos advogados e de membros do ministério público na composição dos tribunais brasileiros: reflexões sobre o quinto constitucional* Rev. TST, Brasília, vol. 71, nº 3, set/dez 2005.

PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT. Antecedentes do TJDFT (1602 - 1808).

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de direito.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência – Inteiro Teor Acórdãos*. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sobre o STF. Composição. *Ministros*.

TRONCA, Ítalo. *A Revolução de 1930: a dominação oculta*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.