

Universidade Federal Fluminense
Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito
Sandra de Mello Carneiro Miranda

**INSERÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADOS NO
COLEGIADO DOS TRIBUNAIS**

Niterói

2013

Sandra de Mello Carneiro Miranda

**INSERÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADOS NO
COLEGIADO DOS TRIBUNAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão do Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal Fluminense. Linha de Pesquisa: Acesso à justiça e crítica às instituições jurídico-políticas.

Orientador: Prof. Dr. Edson Alvisi Neves

Niterói

2013

Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito
Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais
Universidade Federal Fluminense

Data de aprovação: ____ de _____ de _____.

Nome: Dr. Edson Alvisi Neves

Titulação: Doutor pela Universidade Federal Fluminense

Instituição: professor e diretor da faculdade de direito da Universidade Federal Fluminense

Nome: Dr. Leonardo Greco

Titulação: Doutor pela Universidade de São Paulo

Instituição: professor titular de Processo Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Nome: Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Titulação: Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Instituição: professor-adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

DEDICATÓRIA

Aos interessados nos estudos
sobre o Poder Judiciário brasileiro.

AGRADECIMENTOS

A delimitação do objeto de pesquisa foi meu primeiro grande desafio para elaborar este trabalho. Construí-o, desconstruí-o e reconstruí-o várias vezes, o que me afligia, já que, comungando da opinião de Pierre Bourdieu, a construção do objeto é a operação mais importante.¹ Mas, o mesmo autor entende que a construção do objeto “não é uma coisa que se produza de uma assentada (...) é um trabalho de grande fôlego, que se realiza pouco a pouco, por retoques sucessivos, por toda uma série de correções, de emendas, sugeridos por o que se chama o ofício (...)”². Apesar da instrução do experiente investigador, minha ansiedade era constante.

Um ano e muitos meses foi o tempo que levei para concluir este trabalho. Um tempo que na imaginação possuía uma grandeza, mas que a realidade consumiu numa velocidade só percebida quando dele senti falta. Os planejamentos e cronogramas, previamente elaborados, não deram conta dos acontecimentos ocorridos durante este tempo. Ainda que insistisse em refazê-los, a vida insistia em me mostrar que o controle dos fatos não estava em minhas mãos.

A elaboração deste trabalho me consumiu recursos, paciência, dedicação e me impôs um certo isolamento e solidão na minha tarefa investigativa. A cada descoberta vibrava de alegria por encontrar uma nova informação que, muitas vezes, só preencheria um parágrafo. Passada a empolgação, logo retornava na busca que, após um longo período, descobri que seria infundável.

Esses desafios teriam sido muito maiores se tivesse que realizar o trabalho sozinha. Mas felizmente pude contar com o apoio de pessoas que, direta ou indiretamente, participaram das minhas inquietudes. Por isso, sou muito grata:

ao professor Dr. Edson Alvisi Neves, meu orientador, por ter me introduzido no mundo da História do Direito e me ensinado o ofício de pesquisadora. Agradeço ainda pelas suas críticas construtivas, nem sempre atendidas, em razão da minha teimosia, e pela sua paciência. Hoje percebo o quanto evoluí pessoal e profissionalmente em razão dos nossos embates acadêmicos;

aos professores que participaram do Exame de Qualificação, Dr. Christian Edward Cyril Lynch e Dr. Théo Lobarinhas Piñeiro, ambos da Universidade Federal Fluminense,

¹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 12ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 23.

² *Ibidem*, p. 26-27.

pelas sugestões de bibliografia e de estruturação do trabalho e pelas dúvidas levantadas que contribuíram para nortear minha pesquisa;

a todos os professores do Programa de Pós-Graduação do mestrado com quem tive aulas e que me mostraram o quão fascinante (e complexo) é o estudo interdisciplinar da Sociologia e do Direito;

ao coordenador, professor Dr. Wilson Madeira Filho, ao vice-coordenador, professor Dr. Marcelo Pereira de Mello, e ao professor Dr. Napoleão Miranda, que posteriormente assumiu este cargo, e aos funcionários do programa, em especial à Rose e ao Conti, pela dedicação ao mestrado e pelo pronto atendimento de todas as minhas solicitações acadêmicas;

ao Felipe, funcionário da faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, por ter auxiliado muitas vezes na troca de informações entre mim e meu orientador;

aos funcionários das bibliotecas do Rio de Janeiro que percorri (à do Instituto dos Advogados Brasileiros, à Biblioteca Nacional, à do Palácio Tiradentes, à do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro), pelo auxílio em relação aos acervos;

aos colegas do programa com quem mantive diálogos acadêmicos enriquecedores e aos colegas com quem tive diálogos descontraídos e que tornaram o percurso mais agradável;

e, por fim, à minha mãe e aos três Zés da minha vida (meu pai, meu irmão e meu noivo), pelo apoio material e, sobretudo, emocional, por acreditarem no meu “sucesso”.

“A imparcialidade e a integridade dos juízes dependem essencialmente do sentimento de justiça do povo. Onde a justiça é coisa santa, o juiz é incorruptível e fiel ao seu dever. Tal povo, tal juiz”.

Ihering

RESUMO

Essa pesquisa visa verificar como se deram os processos de inserção e de consolidação de advogados no colegiado dos tribunais. Ela centra-se no período de 1926 a 1934, anos das edições respectivas do Decreto 5.053 e da Constituição Federal de 1934. Esses marcos se devem às constatações de que foi aquele Decreto, que modificou a organização judiciária do Distrito Federal e inseriu, pela primeira vez, a possibilidade de nomeação de desembargadores de forma livre pelo governo entre advogados e membros do Ministério Público; e de que foi a Constituição Federal de 1934 que consolidou a participação dessas pessoas estranhas à magistratura nos tribunais com a criação da regra do quinto constitucional. Os focos de análise foram a cidade do Rio de Janeiro e o Distrito Federal. Pretende-se mostrar, com base, sobretudo, nos estudos de Maria da Glória Bonelli, que os processos de inserção e de consolidação de advogados e membros do Ministério Público no colegiado dos tribunais, foram consequência, dentre outros fatores, de estratégias implementadas por bacharéis-advogados, desde o Império e o surgimento da República, para influir nas decisões do governo. Assim, a proximidade entre os membros do IOAB (depois OAB) com o centro de poder político – Rio de Janeiro ou Distrito Federal, bem como a estreita relação entre bacharéis-advogados com o Poder Judiciário, contribuíram para a inclusão da regra estudada no nosso sistema jurídico constitucional. Trata-se de pesquisa interdisciplinar que envolve o Direito, a História e a Sociologia. Fez-se a análise da legislação sobre o tema com base no contexto jurídico-político e social de cada época, priorizando as fontes primárias e os autores contemporâneos, e usando, como suporte, historiadores, sociólogos e juristas da atualidade.

PALAVRAS-CHAVES: desembargadores; advogados; membros do Ministério Público; Distrito Federal; demarcação do campo dos bacharéis.

ABSTRACT

This research aims to verify how were the processes of integration and consolidation of lawyers in collegiate courts. It focuses on the period from 1926 to 1934, years of editing its Decree No. 5053 and the Federal Constitution of 1934. These milestones are due to the fact that he was Decree, which modified the judicial organization of the Federal District, which included for the first time, the possibility of appointing judges freely between government lawyers and prosecutors, and that was the Federal Constitution of 1934 that consolidated the participation of these persons outside the judiciary in court with the creation of the fifth constitutional rule. The focus of analysis was the city of Rio de Janeiro and the Federal District. It is intended to show, based mainly on studies of Maria da Gloria Bonelli, that the processes of integration and consolidation of lawyers and prosecutors in collegiate courts, was due, among other factors, the strategies implemented by alumni -lawyers from the empire and the emergence of the Republic, to influence decisions of government. Thus, the closeness among members of IOAB (after OAB) with the center of political power - Rio de Janeiro or the Federal District, and the close relationship between alumni-lawyers to the judiciary, were instrumental in the inclusion of the rule studied in our constitutional legal system. It is interdisciplinary research involving the Law, History and Sociology. There was an analysis of the legislation based on the issue of the legal, political and social development of each season, prioritizing primary sources and contemporary authors, using as support and historians, sociologists and jurists today.

KEYWORDS: judges; lawyers; prosecutors; Federal District; demarcation of the field of bachelors.

SIGLAS

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade
AL Alagoas
AM Amazonas
CE Ceará
CF Constituição Federal
CPDOC Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil
EC Emenda Constitucional
ES Espírito Santo
GO Goiás
IOAB Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros
LC Lei complementar
MA Maranhão
MG Minas Gerais
MS mandado de segurança
MT Mato Grosso
OAB Ordem dos Advogados do Brasil
OABSP Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo
PA Pará
PE Pernambuco
PEC Proposta de Emenda à Constituição
PR Paraná
RIOAB Revistas do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros
RJ Rio de Janeiro
SE Sergipe
STF Supremo Tribunal Federal
PI Piauí
RN Rio Grande do Norte
RS Rio Grande do Sul
TST Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 13 |
| 1 O JUDICIÁRIO COLONIAL | 23 |
| 1.1 Juízes eletivos e profissionais | 23 |
| 1.2 Um exemplo de funcionamento da justiça colonial | 25 |
| 1.3 O ingresso na magistratura profissional | 27 |
| 1.4 Tribunais da Relação | 28 |
| 1.5 Os desembargadores | 30 |
| 1.6 Características gerais da justiça e do direito colonial | 33 |
| 1.7 Considerações finais do capítulo | 35 |
| 2 O JUDICIÁRIO IMPERIAL | 37 |
| 2.1 Federação e centralização na Constituinte de 1823 | 37 |
| 2.2 A atividade jurisdicional na Constituição de 1824 | 38 |
| 2.3 Alterações no sistema judiciário posteriores à Constituição | 43 |
| 2.4 Atuação dos leigos na justiça | 54 |
| 2.4.1 Juízes de paz | 54 |
| 2.4.2 Júri | 57 |
| 2.4.3 Promotores | 60 |
| 2.4.4 Tribunal do Comércio da Corte | 61 |
| 2.5 O papel da formação jurídica e os magistrados letrados | 64 |
| 2.6 O surgimento do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros | 68 |
| 2.7 Considerações finais do capítulo | 72 |
| 3 O JUDICIÁRIO NA REPÚBLICA VELHA (1889-1930) | 78 |
| 3.1 Contexto político da República Velha | 78 |
| 3.2 Discussões sobre a organização judiciária durante o Governo Provisório | 83 |
| 3.3 Os debates sobre a organização judiciária durante o Congresso Constituinte | 86 |
| 3.4 Decreto 848 de 1890 | 87 |
| 3.5 A organização judiciária na Constituição de 1891 | 90 |

| | |
|--|-----|
| 3.6 Justiça Federal | 93 |
| 3.7 Justiça Estadual | 96 |
| 3.8 Discussões sobre o modo de nomeação de magistrado e desembargadores | 98 |
| 3.8.1 Organização judiciária do Distrito Federal | 98 |
| 3.8.1.1 Decreto 1.030 de 14 de novembro de 1890 | 98 |
| 3.8.1.2 Reformas na organização judiciária do Distrito Federal | 104 |
| 3.8.1.3 Decreto 5.053 de 6 de novembro de 1926 | 106 |
| 3.8.2 Organização judiciária dos Estados | 118 |
| 3.9 O Ministério Público | 120 |
| 3.10 O Instituto dos Advogados Brasileiros na República | 124 |
| 3.11 Considerações finais do capítulo | 129 |
| | |
| 4 O JUDICIÁRIO NA REPÚBLICA NOVA | 134 |
| 4.1 O fim da República Velha | 134 |
| 4.2 A criação da Ordem dos Advogados do Brasil | 137 |
| 4.3 A elaboração da Constituição Federal de 1934 | 141 |
| 4.3.1 O Anteprojeto de Constituição | 142 |
| 4.3.2 A Assembleia Nacional Constituinte | 146 |
| 4.4 Ministério Público | 152 |
| 4.5 A Constituição de 1934 | 155 |
| 4.6 O quinto constitucional nas constituições posteriores à de 1934 | 159 |
| 4.7 Considerações finais do capítulo | 164 |
| | |
| CONCLUSÃO | 168 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 180 |

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 advogados³. Os órgãos de representação das classes dos advogados – Conselho Federal e Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil⁴ - e do Ministério Público – Conselho Superior em relação ao Ministério Público estadual e Colégio de Procuradores em relação ao Ministério Público da União⁵ - 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.⁶ Portanto, participam do procedimento de escolha o órgão de classe, o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Afirma-se corriqueiramente que a finalidade do quinto constitucional é 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 renovação de posturas e entendimentos e mitigando o corporativismo inato a carreira da magistratura.

³ 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, DJ de 07/04/2006).

⁴ 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.

⁵ 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).

⁶ 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).

Essa regra foi assegurada pela primeira vez na Constituição de 1934.⁷ Após a previsão ocorrida nesta Carta, tal disposição esteve presente em todos os textos constitucionais que se sucederam: constava na Constituição de 1937⁸, na de 1946⁹, na de 1967¹⁰ e foi preservada mesmo após a Emenda Constitucional nº 1/69.¹¹

Embora desde a estreia tal disposição não tenha se ausentado dos textos constitucionais, logrando acompanhar a modificação dos institutos jurídicos do país durante mais de setenta anos, ela ainda gera discussões e sofre, inclusive, tentativa de extinção por meio de emenda constitucional.¹² Apesar disso, há poucos estudos sobre o tema, que, em regra, é mencionado de passagem pelos autores, que divergem, também, quanto ao surgimento da regra.

Em geral, afirma-se a vinculação histórica do quinto constitucional à institucionalização corporativa dos anos 30. Nesse sentido, Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos:

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

⁷Art 104, § 6º da Constituição de 1934: “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 na forma do § 3º”.

⁸ Art. 105 da Constituição de 1937: “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”.

⁹ Art. 124, V da Constituição de 1946: “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.”

Sublinhe-se que, no tocante aos Tribunais Federais, esta Constituição reservou a fração de um terço: “Art 103 - O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital federal compor-se-á de nove Juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo dois terços entre magistrados e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos do art. 99”.

¹⁰ Art. 136, IV da Constituição de 1967: “Na composição de qualquer Tribunal será preenchido um quinto dos lugares 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 no Tribunal reservados a advogados ou membros do Ministério Público serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicadas em lista tríplice.”

¹¹ Art. 144, IV da Emenda Constitucional nº 1/69: “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”.

¹²A proposta de emenda constitucional - PEC 262-2008 - que atualmente está em tramitação na Câmara dos Deputados, pretende alterar os requisitos para nomeação de vagas nos Tribunais, extinguindo o critério do quinto constitucional. A situação da PEC em 19/01/13, segundo informação constante no *site* da Câmara dos Deputados era “aguardando parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Disponível em www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idProposicao=398998.

sobreviveu à democratização de 1945 e ainda hoje se faz presente na constituição em vigor, especialmente no que se refere à estrutura sindical.¹³ 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.¹⁴

O Ministro Sepúlveda Pertence, em voto fornecido no mandado de segurança 25624 de São Paulo¹⁵, afirmou que a novidade da Constituição de 34 não tem precedentes nacionais, nem paralelo no direito comparado. A Ministra Carmem Lúcia, em voto apresentado no mesmo julgamento, mencionou que o quinto surgiu para atender razões de ordem governamental de Vargas, que queria nos tribunais homens de sua confiança.

De acordo com o Ministro Celso de Mello, a regra de participação de advogados e membros do Ministério Público na formação dos corpos judiciários, na condição de magistrados togados, surgiu, em nosso Direito positivo, em plena República Velha, no plano infraconstitucional, mediante legislação ordinária editada na década de 1920. A denominada "Lei João Luiz Alves" (Decreto 16.273/1923) legitimou o ingresso desses profissionais do Direito na magistratura togada do Distrito Federal, fazendo-o, no entanto, de modo distinto daquele que viria a prevalecer a partir de 1934. A ideia de enriquecer a atuação da Corte de Apelação do Distrito Federal resultou daquele Decreto, editado com fundamento na Lei 4.632/1923, sob a égide da Constituição de 1891, pelo Presidente da República Arthur Bernardes e referendado por João Luiz Alves, então Ministro da Justiça. Daí a denominação com que ficou conhecido esse diploma normativo.¹⁶

O único trabalho específico que se encontrou sobre o assunto foi o de Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.¹⁷ A autora também identifica algumas experiências legislativas estaduais, anteriores a 1934, no sentido de se buscar entre os juristas estranhos à magistratura, os membros que viriam a integrar o Colegiado dos Tribunais, como a o Decreto 5.053 de 1926 -

¹³ O livro foi escrito em 1997, antes da Emenda Constitucional nº 24/99 que acabou com a representação classista na Justiça do Trabalho.

¹⁴ 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, p. 227-228.

¹⁵ MS 25624 / SP – São Paulo, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/2006.

¹⁶ ADI 4.078/ DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 13/04/2012.

¹⁷ Ministra e atual vice-presidente do TST. Segundo seu currículo, disponível em www.tst.jus.br/ministros, atuou como advogada até sua posse como ministra daquele tribunal.

Lei de Organização do Distrito Federal (art. 34) e a Constituição do Estado da Bahia de 1890, considerando o texto consolidado até 1929 (art. 70, §1º). Daí concluir que a prática de composição de colegiados de magistrados pela participação de juristas estranhos à magistratura não guarda inequívoca correlação com os princípios políticos que nortearam a Constituição de 1934, advindo, também, de uma cultura já repetida em outros momentos históricos do País.¹⁸ Ela defende que nada há que ligue o quinto constitucional ao vocalato na Justiça do Trabalho além da partilha do mesmo berço, já que ambos surgiram, em sede constitucional, em 1934:

Enquanto no âmbito trabalhista se pretendeu a conciliação, por aparato administrativo, dos conflitos nascidos em virtude da relação de trabalho, a justificar a participação de representantes das classes envolvidas, no âmbito da composição dos tribunais, a ideia inicial voltava-se precisamente à diversificação da composição, com o fim de atrair aos colégios de magistrados experiências outras daquelas decorrentes do exercício da magistratura.

Em momento algum se pretendeu, com a representação dos advogados e membros do Ministério Público, que estes, quando investidos da função judicante, defendessem os interesses dos seus colegas, à época das respectivas militâncias. Aliás, tal ideia se mostra absolutamente incompatível com a experiência desenvolvida desde seu surgimento, não havendo mesmo quem aponte exemplo que a ilustre, o que, inclusive, seria recebido como descortês ofensa, caso não comprovada.

Na representação classista, ao contrário, os representantes não só se apresentam como defensores das classes que lhe elegeram, como justificam sua atuação a partir dos princípios de suas respectivas origens. Esse é o espírito, inclusive, que se identifica na composição paritária das comissões de conciliação prévia, não havendo aí nada que desabone as atividades dos conciliadores.¹⁹

Tendo em vista que o tema ainda foi pouco explorado, decidiu-se pesquisar como se deram os processos de inserção e de consolidação de advogados e membros do Ministério Público no colegiado dos tribunais.

Nossa pesquisa centra-se no período de 1926 a 1934. Segundo constatamos, foi o Decreto 5.053, de 6 de novembro de 1926, que modificou a organização judiciária do Distrito Federal, que inseriu, pela primeira vez, a possibilidade de nomeação de desembargadores de forma livre pelo governo entre advogados e membros do Ministério Público. A Constituição Federal de 1934 consolidou a participação dessas pessoas estranhas à magistratura nos tribunais com a criação da regra do quinto constitucional.²⁰

¹⁸ 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, p. 8.

¹⁹ *Ibidem*, p. 14-15.

²⁰ Com a expressão “pessoas estranhas à magistratura” estamos nos referindo especificamente aos advogados e aos membros no Ministério Público, em contraposição aos juízes de carreira. Conforme o entendimento atual do STF, os advogados e membros do Ministério Público que integram os tribunais pela regra do quinto, perdem

Considerando que a história não se processa pela emergência abrupta de elementos, mas, de outro lado, alguns deles podem lhe imprimir um determinado curso, nem sempre previsto em seus antecedentes, e que os movimentos jurídicos-políticos-sociais também contêm elementos que foram gerados na velha ordem, a fim de compreender aqueles processos, foi necessário um estudo prévio sobre a atuação de advogados e membros do Ministério Público como magistrados antes da previsão do Decreto 5053. Também foi imprescindível avançar na análise do quinto constitucional nos textos constitucionais que sucederam a Carta de 34, já que a regra permaneceu em todos, com algumas alterações, o que demonstra sua consolidação.

Quanto à delimitação do espaço pesquisado, diante da identificação de surgimento da regra pesquisada no Distrito Federal e da impossibilidade de fazer um estudo sobre a atuação do Poder Judiciário em todo o país - em razão da extensão territorial e das peculiaridades de cada região -, nos concentramos na análise da cidade do Rio de Janeiro e no Distrito Federal.

Lugar de poder desde a segunda metade do século XVIII, quando foi centro político das terras coloniais portuguesas na América, o Rio de Janeiro abrigou um dos dois Tribunais da Relação existentes durante o período colonial. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro foi criado em 1752, expandindo a administração da justiça ao sul e centro-oeste da colônia e funcionou até 1808. Com a vinda da família real para o Brasil, se transformou em Casa da Suplicação do Brasil, e a cidade do Rio de Janeiro se tornou a capital do país.

Essa cidade permaneceu ao longo do império como capital do país e concentrou o aparato administrativo e burocrático do Estado, convergindo para si os principais interesses políticos. Em 1828 foi criado o Supremo Tribunal de Justiça com sede nesta capital. Extinta a Casa da Suplicação do Brasil, em 1833, restaurou-se a Relação do Rio de Janeiro, que retornou a sua condição de tribunal local. Com o Ato Adicional de 1934, houve a criação do Município Neutro, base física para a sede do poder central. Para isso, a cidade do Rio de Janeiro foi transformada nesse município neutro, ou município da Corte, e o restante do território permaneceu como província do Rio de Janeiro, que teve como capital a cidade de Niterói. Apesar do município neutro ter base física própria para abrigar a sede do Poder Central e apresentar relativa autonomia, possuindo administração executiva e legislativa desvinculada da província, no que tange ao Judiciário, ele era subordinado à jurisdição da Província, por meio do Tribunal de Relação do Rio de Janeiro. Com o Decreto complementar

seus vínculos de origem e possuem os mesmos direitos dos magistrados de carreira enquanto desembargadores. (ADI 4.078, DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 13/04/2012).

2.342 de 1873, que ampliou o número de Relações do império, o distrito jurisdicional da Relação do Rio de Janeiro passou a abranger apenas o Município Neutro - correspondente à cidade do Rio de Janeiro - e as Províncias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo. Havia também o Tribunal do Comércio da Corte, considerado por alguns autores o mais importante depois do Supremo Tribunal de Justiça.²¹

Proclamada a República, em obediência ao texto da Constituição de 1891 (art. 2º), o antigo Município Neutro, agora definido como Distrito Federal da República dos Estados Unidos do Brasil, adquiriu autonomia para criar e para organizar um Judiciário próprio: o primeiro Tribunal do Distrito Federal. Nesse compasso, passaram a existir, distintamente, as Justiças do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. A organização judiciária do Distrito Federal sofreu várias alterações durante a República Velha (1889-1930), o Decreto 5.053 de 1926, que criou seis novas vagas de desembargador na Corte do Distrito Federal, determinou uma regra de composição heterogênea para o seu preenchimento: o governo escolheria livremente entre os doutores ou bacharéis em Direito, com notório saber atestado pela prática da advocacia ou pela experiência acumulada como membro do Ministério Público (art. 34).

Durante a elaboração da Constituição de 34, que ocorreu no Palácio Tiradentes, no Rio de Janeiro, a proposta de criação do quinto foi apresentada sem qualquer perplexidade. Essa exígua discussão sobre o tema indica uma aceitação prévia sobre o assunto.

Nossa hipótese é que os processos de inserção e de consolidação de advogados e membros do Ministério Público no colegiado dos tribunais, a que nos propomos a investigar, seja corolário de estratégias implementadas por bacharéis-advogados, desde o império e o surgimento da República, para influir nas decisões do governo. A construção dessa hipótese funda-se, sobretudo, no estudo de Maria da Glória Bonelli²² que analisa o processo de profissionalização dos bacharéis-advogados no Brasil durante o período imperial; centrando-se na investigação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (IOAB), fundado em 1843 e na trajetória que a organização percorreu até 1930, quando foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Explica a autora que, enquanto no império foi implementada várias vezes a estratégia de eleger para o Instituto membros influentes do governo com o

²¹ A informação é de NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na corte do império do Brasil: o Tribunal do Comércio*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008, p. 2-3. O autor mostra que, no período de existência do Tribunal do Comércio (1850-1875), o índice de promoção dos seus magistrados ao Supremo Tribunal de Justiça é de 70%, contra 39% do Tribunal da Relação da Corte.

²² BONELLI, Maria da Glória. O instituto da ordem dos advogados brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 14 nº 39 fevereiro/99.

objetivo de estreitar as relações da profissão com o Estado, durante a Primeira República, a aparência de desapego às paixões partidárias foi o recurso que predominou para levar adiante o projeto institucional de influir nas decisões do governo.

Para atingir nosso objetivo de compreender tais processos, dividimos os capítulos em períodos históricos – colônia, império, república velha e república nova -, e estabelecemos alguns pontos que nos guiaram na formulação dos capítulos:

- descrição das estruturas do Poder Judiciário e do Ministério Público;
- verificação de como ocorriam as nomeações dos cargos de magistrados e desembargadores;
- investigação sobre a participação de advogados e de membros no Ministério Público na magistratura e nos tribunais;
- a importância da formação jurídica para o exercício da judicatura;
- análise da participação dos bacharéis nos aparelhos do Estado;
- estudo do processo de construção da profissão de advogado;
- compreensão da relação entre membros do Ministério Público, advogados e o Poder Judiciário;
- análise da relação de proximidade entre os membros do IOAB e, posteriormente, da OAB, com o governo;
- verificação de como a demarcação do campo profissional dos advogados interferiu na criação do quinto constitucional.

Trata-se de uma pesquisa interdisciplinar que envolve o Direito, a História e a Sociologia. Dentre as disciplinas nas quais se insere o tema, pode-se identificar o Direito Constitucional, a História do Direito e a Sociologia dos Tribunais.

Para sua realização, fizemos um levantamento das leis sobre o Judiciário de cada período histórico, priorizando as que trouxessem informações sobre o modo de seleção de magistrados e desembargadores. Em relação à organização judiciária do Distrito Federal, incluímos todas as leis que encontramos no período estudado. Toda essa legislação foi interpretada com base no contexto jurídico-político e social de cada época. Baseamos-nos, sempre que possível, em fontes primárias e em autores contemporâneos, usando como suporte historiadores, sociólogos e juristas da atualidade.

Assim, no primeiro capítulo, “O Judiciário Colonial”, abordamos a distinção entre juízes eletivos e profissionais, o modo de ingresso na magistratura profissional, os motivos para a criação dos Tribunais da Relação, sobretudo o do Rio de Janeiro, os critérios para se

tornar desembargador e as características gerais da justiça e do direito colonial. As principais fontes consultadas para a elaboração deste capítulo foram as Ordenações Filipinas (Livro I, título I, preâmbulo), o Regimento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, Antecedentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (1602 - 1808) e os autores Caio Prado Junior, Arno e Maria José Wehling e Oswaldo R Cabral.

No segundo capítulo, “O Judiciário Imperial”, tratamos do debate entre federalização e centralização na Constituinte de 1823, da organização do exercício da atividade jurisdicional feita pela Constituição de 1824, das alterações no sistema judiciário posteriores à Constituição, da atuação dos leigos na justiça (juízes de paz, júri, promotores), da criação e extinção do Tribunal do Comércio da Corte, do papel da formação jurídica e dos magistrados letrados e do surgimento do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Dentre as leis consultadas, estão a Constituição de 1824, o Código de Processo Criminal de 1832, o Ato Adicional de 1834, a Lei de Interpretação do Ato Adicional de 1840, a Lei 261 de 3 de dezembro de 1841 e a Reforma de 1871. Foram estudadas, também, todas as Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros²³, a biografia de Jose Thomaz Nabuco de Araújo, bem como seus discursos proferidos nos Anais do Senado Federal do império em 1871. Dentre os autores atuais, encontram-se, dentre outros, Ivo Coser, José Murilo de Carvalho, José Reinaldo Lima Lopes, Fernando Henrique Cardoso, Ivan de Andrade Vellasco, Edson Alvisi Neves, Gizlene Neder, Maria da Glória Bonelli, Teotônio Simões, Aurélio Wander Bastos e Rosalina Correa de Araújo.

No terceiro capítulo, “O Judiciário na República Velha (1889-1930)”, inicialmente, fazemos uma contextualização política do período. Depois trazemos à tona discussões sobre a organização judiciária ocorridas durante o Governo Provisório e durante o Congresso Constituinte e apresentamos o que foi consagrado na Constituição de 1891. Tratamos da criação da Justiça Federal e dos debates que a dualidade da justiça gerou durante toda a vigência da Constituição de 1891. Abordamos as modificações sobre o modo de nomeação de magistrados e desembargadores com base nas leis que organizaram a justiça do Distrito Federal, embora também façamos um breve panorama da situação dos Estados. Cuidamos, ainda, da estruturação do Ministério Público e, por fim, das mudanças ocorridas no Instituto dos Advogados Brasileiros com a chegada da República. As principais leis pesquisadas foram as que trataram da organização da Justiça Federal - Decreto 848 de 1890, sua exposição de

²³ Estas publicações foram encontradas no acervo da Biblioteca do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro. O primeiro número da revista foi publicado em 1862 e o último em 1907. A publicação da revista foi interrompida em dezembro de 1893 e retomada em julho de 1905.

motivos e a “Exposição apresentada ao Chefe do Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brazil pelo general Dr. Manoel Ferraz de Campos Salles em janeiro de 1891” - e da organização da justiça do Distrito Federal - Decreto 1.030 de 14 de novembro de 1890 e sua exposição de motivos; bem como suas várias alterações: Lei 1.338 de 4 de janeiro de 1905, Decreto 5.561, de 19 de junho de 1905, Decreto 9.263, de 28 de dezembro de 1911, Decreto 16.273 de 20 de dezembro de 1923, Decreto 5.053, de 6 de novembro de 26. Concentramos-nos no estudo do processo de elaboração deste decreto, registrado nos Diários da Câmara dos Deputados e nos Anais do Senado Federal, ambos do ano de 1926. Dentre as publicações da época, analisamos alguns jornais, os Boletins do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros publicados entre 1918 e 1934²⁴, as Atas deste Instituto dos anos de 1925 e 1926, e as obras de José Tavares Bastos, de Amaro Cavalcanti e de Ruy Barbosa. Ainda foram consultados autores atuais como Fernando Henrique Cardoso, Raymundo Faoro, Christian Lynch, Andrei Koerner, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Teotônio Simões, Aurélio Wander Bastos, Maria Tereza Sadek, Victor Nunes Leal, Pierre Bourdieu, Ivan Alemão.

No quarto capítulo, “O Judiciário na República Nova”, tratamos das mudanças políticas ocorridas na década de 1930, da criação da OAB e da Constituição Federal de 1934. Tendo em vista que foi essa constituição que consolidou a participação de advogados e membros do Ministério Público nos tribunais, com a criação da regra do quinto constitucional, nos debruçamos sobre o seu processo de elaboração, com foco na organização do Poder Judiciário, detalhando as discussões havidas no Anteprojeto de Constituição e na Assembleia Nacional Constituinte. Abordamos, também, o modo como o Ministério Público foi inserido na nova Carta. Por fim, verificamos rapidamente o modo como o quinto constitucional foi tratado nas constituições posteriores a de 1934. As principais legislações consultadas foram o Decreto 19.398 que instituiu o Governo Provisório, o Decreto 19.408 de 1930 que criou a Ordem dos Advogados Brasileiros, o Decreto 21.402 de 1932 que instituiu a denominada Comissão do Itamaraty, as Constituições Federais de 1934, de 1937, de 1946, de 1967, a Emenda Constitucional nº 1/69 e a Constituição de 1988. Dentre o material da época analisado, encontram-se as Atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933, os Anais da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934, volumes 1 e 10, além dos escritos de Ruy Barbosa, Araújo Castro, Levi Carneiro, João Mangabeira, Pontes de Miranda e José Duarte. Compõem o rol dos autores atuais Ítalo Tronca, Luc Boltanski e Ève Chiapello, Lucia

²⁴ Estas publicações foram encontradas no acervo da Biblioteca do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro. A Biblioteca não conseguiu recuperar as publicações dos anos de 1919 a 1924. No entanto, constam no seu acervo as atas manuscritas das reuniões do Instituto encadernadas em dois períodos: de 1920 a 1923 e de 1924 a 1926.

Lippi Oliveira, Ivan Alemão, Maria da Gloria Bonelli, Herman Assis Baeta, Teotônio Simões, Amauri Mascaro Nascimento, João Francisco Sauwen Filho, Júlio Aurélio Vianna Lopes, Maria Tereza Sadek, Carlos Henrique Bezerra Leite, Vital Moreira, Álvaro Augusto de Borba Barreto. Também consultamos os *sites* do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, o da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, o do Supremo Tribunal Federal e o do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil.

Sem a pretensão de esgotar o tema, pretendemos mostrar na conclusão que os processos de inserção e de consolidação de advogados e membros do Ministério Público no colegiado dos tribunais, ocorridos respectivamente em 1926 e 1934, foram consequências, dentre outros fatores, de estratégias implementadas por bacharéis-advogados, desde o império e o surgimento da República, para influir nas decisões do governo. Assim, a proximidade entre os membros do IOAB (depois OAB) com o centro de poder político - Rio de Janeiro ou Distrito Federal e bem como com o Poder Judiciário foram determinantes para a inclusão da regra estudada no nosso sistema jurídico constitucional. Cabe esclarecer que com a expressão bacharéis-advogados estamos equiparando advogados e membros do Ministério Público, tendo em vista que no período pesquisado, ambos eram considerados como pertencentes a uma mesma classe.

1 O JUDICIÁRIO COLONIAL

1.1 Juízes eletivos e profissionais

Na administração portuguesa não havia lugar para a separação de poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário e em esferas paralelas da atividade estatal - geral, provincial, local. Destaca Caio Prado Junior, que as mesmas autoridades ocupavam-se de funções administrativas e de justiça e, quanto ao funcionamento da administração, não havia diferenças substanciais de modo de agir num e noutro terreno. Os juízes não distinguiam absolutamente, na prática, a “duplicidade” das funções que exerciam.²⁵ Essa observação é válida tanto para os juízes eletivos - almotacés, de vintena, juízes de órfãos, alcaides - quanto para os ordinários - como para os profissionais - juízes de fora, ouvidores.

Aos juízes almotacés cabiam o julgamento das infrações de postura, aferição de pesos e medidas, questões concernentes a paredes de casas, quintais, portas, janelas e eirados. Os juízes de vintena funcionavam nas aldeias e bairros distantes da sede do município e resolviam sumária e verbalmente as causas de pequeno valor. Os de órfãos exerciam as atribuições próprias e referentes aos órfãos. Os alcaides estavam encarregados da guarda e da polícia das vilas e cidades. Os juízes ordinários (também chamados juízes da terra) tinham por obrigação dar audiência duas vezes por semana e trazer consigo uma vara vermelha, que representava o símbolo do cargo. Esses juízes tinham como competência processar as causas sobre bens de raiz de qualquer valor e sobre bens móveis estimados em mais de mil réis. Dos seus julgamentos em feitos de valor ínfimo não cabia apelação ou agravo.²⁶ Junto aos demais oficiais da Câmara, os vereadores e o procurador, também elaboravam a legislação local. Possuíam, ainda, atribuições de Ministério Público, como as de representar a Câmara contra as ações particulares que prejudicassem o interesse comum.²⁷

Todos esses juízes eram membros da Câmara Municipal que era, simultaneamente, instituição judicial, legislativa e executiva. Eram leigos (sem formação jurídica) que serviam sem remuneração. As eleições eram populares, isto é, votavam o povo qualificado, os “homens bons” na expressão da lei. Segundo Caio Prado Junior, eram pessoas gradas do

²⁵ PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1961.

²⁶ NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na corte do império do Brasil: o Tribunal do Comércio*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008.

²⁷ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renova, 2004.

termo e da vila que figuravam em listas especialmente feitas para este fim.²⁸ O mesmo autor observa que não havia uma divisão nítida em governo geral e local, sendo que a Câmara também tratava de assuntos que não eram locais. De todos os atos da Câmara cabiam recursos para alguma autoridade superior: ouvidor, governador, Relação, até mesmo a Corte.

Já a justiça profissional era exercida no Brasil pelos juízes de fora, ouvidores e pelos tribunais da Relação. Arno e Maria José Wehling²⁹ observam que a justiça ordinária exercida pelas Câmaras municipais foi a mais constante em todo o período colonial, normalmente compartilhada, para as alçadas superiores, pelos ouvidores de capitania. Os juízes de fora somente foram estabelecidos, no Brasil, a partir de fins do século XVII, os tribunais da Relação funcionaram na Bahia, entre 1609 e 1624 e de 1652 a 1808 e no Rio de Janeiro entre 1752 e 1808.

Os juízes de fora tinham suas atribuições definidas nas Ordenações Manuelinas e, a partir de 1603, nas Ordenações Filipinas. O título que definia essas atribuições compreendia indistintamente os juízes ordinários e os juízes de fora. A distinção básica entre ambos, fixada naquela legislação, era a de que os primeiros elegiam-se anualmente nas câmaras municipais, ao passo que os segundos eram magistrados letrados de nomeação real, com o claro objetivo de corrigir a ação dos primeiros e aumentar o poder do rei.³⁰ Para se distinguirem dos juizes ordinários, os juízes de fora carregavam uma vara branca. Estando presente o juiz de fora, cessava a competência dos juizes ordinários.³¹

Quanto aos ouvidores, no momento das capitanias hereditárias, surgiu a figura do ouvidor de capitania, que existiu formalmente, até o século XVII. Quando foi extinto por lei, em 1790, já estava em desuso. Com o governo geral do Brasil e a organização do Estado do Maranhão no século XVII, surgiram os ouvidores-gerais. No Estado do Brasil, a ouvidoria-geral foi extinta com o estabelecimento do Tribunal da Relação da Bahia. Com a expansão do processo colonizador e a constituição das comarcas, foi se consolidando a figura do ouvidor da comarca.³² Ele era nomeado pelo soberano; cabiam-lhe funções de corregedor e tinha jurisdição na comarca e em todos os termos respectivos.³³

²⁸ PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1961.

²⁹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renova, 2004.

³⁰ *Ibidem*, p. 71.

³¹ NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na corte do império do Brasil: o Tribunal do Comércio*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008.

³² WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renova, 2004.

³³ PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1961. Ensina o autor que “a capitania forma a maior unidade administrativa da colônia. Divide-se seu território em comarcas, sempre em pequeno número. As comarcas compõem-se de termos com sedes nas vilas ou cidades respectivas.

As Relações pautavam-se pelas Ordenações Filipinas, pelo regimento da Casa da Suplicação e pelos seus próprios regimentos, além de leis extravagantes, cartas régias, assentos e outros instrumentos. Os tribunais da Relação tinham funções judiciais, mas também extrajudiciais políticas e administrativas. Suas atribuições judiciais incluíam o recebimento de algumas ações em competência originária, de acordo com o previsto em seus regimentos. Eram, entretanto, principalmente, um órgão recursal ao qual recorriam aqueles que, em despachos interlocutórios ou sentenças definitivas de juízes ordinários, juízes de fora ou ouvidores, tinham seus interesses e eventuais direitos prejudicados. Exerciam, também, funções de correição nas áreas sob sua jurisdição.³⁴

1.2 Um exemplo de funcionamento da justiça colonial

Oswaldo R. Cabral³⁵ explica o funcionamento do sistema judicial colonial na vila de Nossa Senhora do Desterro da Ilha de Santa Catarina:

De acordo com o disposto na antiga legislação portuguesa, as Câmaras das cidades e vilas havia funções não só administrativas, mas também policiais e, por isso, nas vilas que ascendiam em importância, a presidência daquela corporação cabia aos Juizes de Fora, togados, e só na sua falta é que a presidência caberia a um dos juizes ordinários, isto é, os Vereadores.

A estes, que no Desterro eram três, incumbia ter a seu cargo todo o regimento da terra e as obras do Conselho, contando ainda com um número variável de auxiliares, também chamados Oficiais, que mais freqüentemente eram o Procurador, o Escrivão, o Tesoureiro, e os Almotacés.

Todos eles, exceção dos Juizes de Fora, que era de nomeação régia, eram eleitos pelo Conselho, isto é, pela Câmara, Homens Bons e Povo, por sistema indireto, saindo seus nomes dos pelouros, bolas de cera em que eram encerrados, e depois escolhidos à sorte tirada por um menino de sete anos, anualmente. Dependia de confirmação do Soberano, através da Mesa do Desembargo do Paço, a validade da eleição.³⁶

Os Oficiais, Vereadores ou não, serviam por um ano e por três ficavam inelegíveis, depois de servir; os Juizes de Fora, entretanto, eram nomeados por três anos, podendo ter prazo prolongado por mais tempo.

Quando não havia Juizes de Fora – e foi o caso da Vila do Desterro até 1812, os Vereadores eram Juizes Ordinários eleitos pelo sistema já referido e ocupavam-se da administração da vila, o que faziam nas Vereanças, ou sessões do Conselho, e da

Os termos, por sua vez dividem-se em freguesias, circunscrição eclesiástica que forma a paróquia, sede de uma igreja paroquial, e que servia também para a administração civil. Finalmente as freguesias ainda se dividem em bairros, circunscrição mais imprecisa, e cujo principal papel aparece na organização das ordenanças”. (p. 304).

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ CABRAL, Oswaldo R. *Os juizes de fora (Nossa Senhora do Destêrro)* Florianópolis: Imprensa Oficial, 1950.

³⁶ Essa forma de eleição se chamada “de pelouro”. Quando um dos assim eleitos, impedido por qualquer motivo, tinha de ser substituído, procedia-se mais sumariamente escolhendo a própria Câmara o substituto; chamava-se então “de barrete”. PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1961.

distribuição da justiça, em grau primário, no distrito da sua jurisdição, isto é, funções meramente policiais.

Havia ainda os Juizes das Corporações, escolhidos por estas, e que prestavam juramento perante a Câmara: - no Desterro ficou registro de Juizes dos Carpinteiros, dos Marceneiros, dos Sapateiros, dos Pedreiros, das Tecedeiras.³⁷

Esse autor trata em seu livro da trajetória dos três primeiros juizes de fora na vila de Nossa Senhora do Desterro da Ilha de Santa Catarina, no período compreendido entre 1812 e 1823. Ele relata vários conflitos que havia entre os Juizes de Fora e os poderes locais. Ilustra tais conflitos e a situação enfrentada pelo Dr. Francisco Lourenço de Almeida, primeiro juiz de fora daquela vila, nomeado, em 1812, por D. João, por intermédio da Mesa do Desembargo do Paço.

Segundo Oswaldo R. Cabral “não era fácil ser Vereador no Desterro”. Clero, governança, militares, “enfim, toda a gente de prosápia e importância timbrava em demonstrar, sempre que podia, o desprezo em que tinham à municipalidade – e toda aquela gente, cheia de prerrogativas, de direitos, de honrarias, de concessões, de vaidade achava fazer da Câmara apenas uma corporação destinada a receber todas as suas exigências, todas as suas diatribes, todas as suas malcriações”.³⁸ Quando Dr. Francisco Lourenço de Almeida “veio organizar a vida civil da Capitania” a fim de “imprimir novos rumos ao lastimável estado dos negócios públicos”, não ignorava “os trabalho que teria, os aborrecimentos que sofreria e as inimizades que colheria.”³⁹ “Um indisfarçável grau de confusão administrativa e política imperava na terra. As medidas de interesse geral encontravam sério óbice nos melindres e nos interesses particulares dos poderosos da terra e nos daqueles a eles ligados pelo parentesco, pelo compadrio, pela amizade e pela sua parte nos despojos também.”⁴⁰ Diante disso, o juiz de fora teve problemas com o Governador, com o Ouvidor da Comarca, com os militares, com os açambarcadores, com padeiros e quitandeiros.

A inimizade com o Governador começou por não ter o Desembargador Juiz de Fora procurado bajulá-lo, como faziam certamente todos os ilustres cavaleiros da alta (!) administração que rodeavam o fidalgo português em porfia de elogiá-lo e agradá-lo.

Não lhe dava o tratamento de Senhoria, recusou-se a ir buscá-lo em casa, para as festas e procissões, e de acompanhá-lo de volta e, tendo D. Luis Maurício concedido uma sesmaria dentro do patrimônio da Vila, Francisco Lourenço de Almeida, por sentença, julgou-a nula, sob o fundamento de que lhe faltava autoridade para isto.

Ao que parece, o Ouvidor da Comarca de S. Pedro e Sta. Catarina, o bacharel Antonio Monteiro da Rocha, áulico do Governador e sujeito de maus bofes,

³⁷ CABRAL, Oswaldo R.. *Os juizes de fora (Nossa Senhora do Destêrro)* Florianópolis: Imprensa Oficial, 1950, p. 20 e 21.

³⁸ *Ibidem*, p. 11.

³⁹ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 24.

colocou-se ao lado deste. E, quando o Juiz de Fora fez publicar um edital – que infelizmente, apesar de demoradas pesquisas não conseguimos encontrar – considerado pelo Governador como injurioso, as medidas foram julgadas cheias – e partiram as queixas.

A 23 de fevereiro, 17 de março, 7 de abril e 25 de maio de 1813, da parte do Governador, e a 18 e 24 de março, 2 e 23 de abril do mesmo ano, da parte do Ouvidor, foram endereçadas queixas ao Príncipe Regente.

Queixava-se o primeiro daquelas faltas inauditas já citadas de lhe negar o tratamento de senhoria; de negar-se a ir buscá-lo e levá-lo, por ocasião das festividades; de lhe negar o lugar de preferência nas procissões; de colocar o seu nome, na mesma linha que o dele, Governador, quando assinava nas cartas; e de ter publicado um injurioso edital, que supomos ter sido a publicação de sentença em que negava a competência ao Governador para distribuir sesmaria. O segundo queixava-se – e dele o fazia também o Juiz de Fora – de “usurpações de jurisdição, abusos e violências nela contidos”.⁴¹

Em razão do ocorrido, o juiz de fora recebeu no mesmo ano, de 1813, ordem de embarcar para o Rio, lá permanecendo até que, quase um ano depois, foi mandado voltar ao seu cargo. No entanto, os conflitos com os poderes locais permaneceram. Em virtude desses conflitos, em 19 de agosto de 1815, o juiz de fora recebeu do Príncipe a convocação para se apresentar a capital, não tendo mais retornado ao Desterro, onde assumiu o seu sucessor.

1.3 O ingresso na magistratura profissional

Eram requisitos para iniciar-se na carreira: a graduação em direito pela Universidade de Coimbra, única universidade existente em Portugal e suas colônias, e a realização do exame de ingresso no serviço público, a “leitura dos bacharéis”. José Murilo de Carvalho informa que foi política sistemática do governo português nunca permitir a instalação de estabelecimento de ensino superior nas colônias como forma de manter a dependência da metrópole:

Quando em 1768 a capitania de Minas Gerais pediu permissão para criar por conta própria uma escola de medicina, o Conselho Ultramarino respondeu que a questão era política, que a decisão favorável poderia enfraquecer a dependência da colônia e que “um dos mais fortes vínculos que sustentava a dependência das colônias era a necessidade de vir estudar em Portugal”.⁴²

A carreira da magistratura portuguesa incluía o serviço na metrópole e nas colônias. Portugueses e brasileiros diplomados em Coimbra serviam tanto em Portugal como no Brasil.

⁴¹ *Ibidem*, p. 29.

⁴² CARVALHO, Jose Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p. 69-70.

Após a formatura na Universidade de Coimbra, o recém-bacharel passava a praticar num foro, em causas cíveis e criminais, participando, na condição de advogado, das audiências.

O ingresso na magistratura fazia-se por meio de um exame, a “leitura”, que o bacharel realizava no Desembargo do Paço. “Tratava-se de um concurso público, no qual, além dos predicados intelectuais e profissionais, o candidato deveria demonstrar sua compatibilidade com alguns critérios estamentais”.⁴³ Compunha o processo de habilitação certidões que atestavam a prática forense do habilitando.

Preenchidos os requisitos e alcançando a aprovação no exame, o bacharel estava apto a obter sua primeira nomeação para um posto da burocracia judiciária, em geral um lugar de juiz de fora no território metropolitano. Arno e Maria José Wehling⁴⁴ constataram que o prazo entre a formatura e a habilitação aos exames do Desembargo do Paço era relativamente pequeno, cerca de dois anos, e consideraram que, por isso, os ingressantes no serviço público eram relativamente jovens e com experiência forense limitada, caracterizando-se, assim, duas carreiras profissionais: a dos advogados, que permaneciam no foro por toda a vida, e a dos magistrados, com vivência forense mínima. Constataram, ainda, que os bacharéis brasileiros tiveram a primeira nomeação mais rápida que os portugueses e conjecturam que aqueles aceitavam os cargos no Brasil que desagradavam os colegas portugueses que preferiam permanecer em seu país, já que se verifica um alargamento da presença de brasileiros na burocracia judiciária luso-brasileira como um todo no século XVIII.

1.4 Tribunais da Relação

Os Tribunais da Relação eram instâncias intermediárias entre os juízes monocráticos – como magistrados ordinários, juízes de fora e ouvidores - e o tribunal superior da Casa da Suplicação. A Relação da Bahia foi a primeira a ser criada, em 1609, extinta em 1626 e restabelecida por regimento em 1652. Ela atendia a toda a colônia nos períodos de 1609 a 1626 e de 1652 a 1750, e ao norte da colônia de 1751 a 1808. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro foi criado em 1752, expandindo a administração da justiça ao sul e centro-oeste da colônia e funcionou até 1808.⁴⁵

⁴³ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 277.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. Antecedentes do TJDF (1602 - 1808).

A explicação para o surgimento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que consta no seu regimento, é que um novo órgão jurisdicional, de caráter recursal, atenderia com maior eficiência às necessidades da administração judiciária, tornando mais ágeis as decisões e encerrando com maior presteza os litígios, num país de notória ineficácia da justiça. Arno e Maria José Wehling consideram a explicação superficial. Destacam que ao tribunal cabiam atribuições como a assessoria aos governadores e vice-reis, o empreendimento de diligências e sindicâncias de interesses do governo e a nomeação de vereadores da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, o que demonstrava que instalar um órgão desse tipo significava “sublinhar uma política centralizadora que visava colocar em mãos de burocratas confiáveis a vida colonial em região tradicionalmente difícil de se submeter integralmente à autoridade real”, como era o caso das regiões central e sul do Brasil onde o tribunal tinha jurisdição.⁴⁶ Além disso, continuam os autores, havia a necessidade de reduzir a morosidade com que se resolviam os recursos relativos à extração mineradora, cujo julgamento era realizado pelo Tribunal da Relação da Bahia, longe do local dos conflitos. Decisões mais rápidas evitariam a paralisação da produção e a redução da arrecadação. Por fim, para a criação do tribunal convergiram os interesses de bacharéis “desejosos de alargar suas oportunidades profissionais num segmento burocrático promissor de bens, prestígio e poder”.⁴⁷

Das decisões das Relações cabiam recursos à Casa da Suplicação de Lisboa, que se constituía em Tribunal Supremo. Por força do Alvará de 10 de maio de 1808, a Relação do Rio de Janeiro foi transformada em Casa da Suplicação do Brasil, organizada com a mesma estrutura da de Lisboa, com competência para julgar em segundo e em último grau. Os motivos apresentados pela exposição da história do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁴⁸ para a criação da Casa da Suplicação do Brasil foram a vinda da família real para o Brasil, o bloqueio continental napoleônico e o fato de o Brasil ter se tornado Corte do Príncipe-Regente. Com o enlouquecimento de D. Maria I, o seu filho, D. João, governava em seu lugar. As circunstâncias exigiam providências, já que a comunicação com Portugal estava interrompida e era impraticável seguirem-se os agravos ordinários e as apelações para Lisboa. O Rio de Janeiro passou a ser a capital do Brasil e o Poder Judiciário do Brasil começou a se estruturar. Um pouco antes, também por Alvará, de 22 de abril de 1804, foi instituído, no Rio

⁴⁶ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renova, 2004, p. 124.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 131.

⁴⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Exposição da história do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. 2005, p 8-9.

de Janeiro, um tribunal denominado Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens. Em 1811 foi criada a Relação do Maranhão e em 1821 a Relação de Pernambuco.⁴⁹

1.5 Os desembargadores

As Relações funcionavam sob a presidência do governador e todos os seus membros tinham o título de desembargador. De acordo com Arno e Maria José Wehling, ser desembargador da Relação representava a consolidação de um processo de ascensão, não dos segmentos mais baixos da sociedade portuguesa ou colonial – como seria o caso dos camponeses ou artesão – mas de setores intermediários desta sociedade estamental que lutavam para assegurar um *status*, quer através da riqueza, como os comerciantes, quer através da ocupação de cargos municipais, como os proprietários rurais, quer participando de funções estatais, como os militares ou os serventuários da justiça. Segundo os autores, tanto o exercício da magistratura na burocracia real, quanto o de cargos na administração local, atribuíam o *status* de nobreza. “Uma nobreza hierarquicamente inferior à tradicional, de sangue ou espada, sem dúvida, mas que envolvia uma clara e reconhecida distinção social”.⁵⁰

O perfil social desejável para os desembargadores constava nas Ordenações Filipinas. Aos desembargadores da Suplicação e da Relação do Porto se indicava apenas a necessidade de serem “letrados”, sem definição de outros requisitos para o cargo.⁵¹

No caso das Relações da Bahia e do Rio de Janeiro, além da graduação em direito, o acesso ao posto de desembargador exigia a aprovação no exame de ingresso no Desembargo do Paço e a permanência em magistraturas singulares, como os juizados de fora e ouvidorias. Destacamos, portanto, que nos tribunais da Relação do Rio de Janeiro e da Bahia no século XVIII, tanto quanto nos portugueses, os desembargadores eram magistrados de carreira.

Vejam os exemplos de ingresso dos desembargadores na Relação do Rio de Janeiro com base na pesquisa de Arno e Maria José Wehling:

O magistrado do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1752-1808) era um desembargador nomeado pelo rei, por intermédio da mesa do Desembargo do Paço. Havia cumprido, como seus congêneres das Relações do Porto, Goa e Bahia, um *cursus honorum*, que se iniciava com a formatura em direito na Universidade de

⁴⁹ ARAÚJO, Rosalina Correa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 2004.

⁵⁰ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renova, 2004, p. 274.

⁵¹ Ordenações Filipinas, Livro I, título I, preâmbulo.

Coimbra, passara pelo exame de ingresso ao serviço público (a “leitura de bacharéis”) e continuara pela prestação de serviços na administração judiciárias, geralmente como juiz de fora e ouvidor de comarca.⁵²

Quanto ao último cargo ocupado antes da chegada nessa Relação, os autores verificaram, de 66 informações disponíveis, que 32 desembargadores tinham exercido antes ouvidorias de comarcas no Brasil e cargos na Relação da Bahia (caso dos que instalaram o tribunal fluminense); 30 provinham de Portugal; apenas 2 haviam exercido cargo na África e 2 na Índia.⁵³

Assim, de acordo com os autores, os parâmetros que condicionaram os padrões de carreira e os *cursus honorum* dos desembargadores do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro foram: a hierarquização, a definição de contornos burocráticos crescentemente precisos e a rotatividade dos cargos:

A hierarquia funcional derivava da hierarquia da prestação da justiça no Estado português. A justiça local, em geral de pequenas causas, era atribuída a juízes ordinários, magistrados leigos em direito e membros eleitos das câmaras municipais. Seguiam-se-lhes as jurisdições mais amplas dos juízes de fora, do ouvidor de comarca, da corte de apelação (o Tribunal da Relação) e da Casa de Suplicação, todas privativas à época de magistrados profissionais, isto é, formados em leis na Universidade de Coimbra e com concurso de ingresso ao serviço público, as chamadas “leituras de bacharéis”.

A burocratização crescente da administração judicial portuguesa foi outro elemento que se evidenciou na época. Todos os desembargadores da Relação eram formados em direito e tinham uma carreira profissional progressiva, o que não aconteceu obrigatoriamente no século XVII luso-brasileiro (...)

Por último a rotatividade dos cargos atendia ao requisito de que os funcionários reais não deveriam ter raízes na terra de cuja administração participavam, a fim de desvincular-se dos interesses locais.⁵⁴

Informam que a hierarquia e a burocratização foram absolutas, não admitindo exceções. Quanto à rotatividade, quer por necessidade administrativa, quer por interesse de alguns desembargadores, foi menos rigidamente obedecida. Este princípio, ainda que formalmente obedecido, deu margem a que pelo menos na metade dos casos, o magistrado tivesse um contato colonial prolongado, o que favorecia, na expressão dos críticos da época, interesses subalternos e corrupção. O magistrado tinha um mandato de seis anos, atribuído pelo rei, a quem somente competia encurtá-lo ou estendê-lo, designando-o para outro local. Às autoridades locais, isto não era permitido, exceto em casos excepcionais devidamente

⁵² WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renova, 2004, p. 143.

⁵³ *Ibidem*, p. 284.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 275-276.

justificados pelo vice-rei. Além dessa relativa inamovibilidade, caracterizavam o magistrado da Relação ser membro de um colegiado e a indelegabilidade de funções.

Promovido a desembargador e designado para servir no Rio de Janeiro, deveria atender a um perfil jurídico-institucional que estava fundamentalmente definido em normas de variada natureza. Tal perfil previa suas características pessoais (morais, psicológicas e materiais) e a natureza das funções a desempenhar. A legislação que tratava do tribunal compreendia as Ordenações Filipinas, as leis extravagantes, decretos, o regimento da Casa da Suplicação, os assentos e estilos desta e o regimento da Relação do Rio de Janeiro. Destacamos que, conforme informam os autores, os critérios de antiguidade dos desembargadores era muito abordados nas leis, sendo tema delicado e que suscitava muito interesse, “pela influência que tinha sobre a carreira do magistrado”.⁵⁵

A carreira de desembargador findava-se de vários modos: pela morte, pela aposentadoria, pelo deslocamento para a Relação do Porto, pela entrada na Casa da Suplicação. “Houve casos incomuns de desembargadores chegarem a postos mais altos, como o Conselho Ultramarino, mas apenas depois da passagem por outro cargo metropolitano”.⁵⁶

No Tribunal do Rio de Janeiro, como também no da Bahia, os desembargadores tinham papéis diferenciados conforme as respectivas funções. O Alvará de 07 de março de 1609, que criou o Tribunal da Relação da Bahia, com nome de “Relação do Brasil”, previa a atuação de dez desembargadores:

Haverá na dita Relação dez Desembargadores, entrando neste número o Chanceler, o qual servirá de juiz da Chancelaria; três Desembargadores de Agravos; um Ouvidor Geral; um Juiz dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco; e um Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, e Promotor da Justiça; um Provedor dos Defuntos, e Resíduos e dois Desembargadores Extravagantes.⁵⁷

Arno e Maria José Wehling consideram seis funções no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro: a presidência do órgão, compreendendo o governador e o chanceler; os desembargadores de Agravos e Apelações; ouvidor-geral do Crime; o ouvidor-geral do Cível; o juiz da Coroa; e o procurador da Coroa. Dentre essas, destacamos duas das funções descritas pelos autores: a do governador e a do procurador da Fazenda, Coroa e Fisco:

As atribuições do governador ou vice-rei eram de natureza administrativa e judicial.
(...)

⁵⁵ *Ibidem*, p. 147.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 286.

⁵⁷ Regimento da Relação da Bahia.

A mais importante atribuição administrativa era a supervisão do trabalho do chanceler e dos desembargadores, zelando para que fossem feitas regularmente as devassas dos serventuários e para que o trabalho daqueles não fosse delegado senão a outro magistrado do colegiado, vedada a indicação de advogados, ouvidores ou juízes de paz.⁵⁸

O procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda tinha por missão defender o patrimônio real de qualquer usurpação por secular ou eclesiástico, exercendo, portanto funções de ministério público, numa época em que este ainda se confundia com a atividade judicial, correspondendo ao que na França do Antigo Regime consistia no “magistrado de pé”, por oposição ao “magistrado sentado”, o juiz. Cabia-lhe atuar como procurador da Fazenda, Coroa e Fisco, intervindo e requerendo nas causas com o objetivo de preservar os interesses do Estado, bem como promotor de Justiça, processando aqueles acusados de burlá-los.⁵⁹

Observamos que dentre as atribuições do governador estava a supervisão do trabalho do chanceler e dos desembargadores, zelando para que o trabalho destes não fosse delegado senão a outro magistrado do colegiado, vedada a indicação de advogados, ouvidores ou juízes de paz. Ou seja, era vedada a delegação das funções de magistrado aos advogados no tribunal da Relação do Rio de Janeiro. Por outro lado, o procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, que exercia funções de ministério público, era um dos desembargadores desse tribunal. Também no alvará que criou a Relação da Bahia, descrito acima, constava, dentre os desembargadores, o Procurador dos Feitos da Coroa Fazenda e Fisco e Promotor de Justiça. Tratava-se de um esboço de Ministério Público, sendo, inclusive, apontado por muitos autores como a primeira lei relativa a essa instituição no país.⁶⁰

1.6 Características gerais da justiça e do direito colonial

Quer na colônia quer na metrópole, as funções judiciais não eram exclusivamente decididas por órgãos estritamente judiciais. Um magistrado, como o juiz de fora e o ouvidor de comarca, a par de sua jurisdição como juiz, exercia diversas outras funções inerentes ao seu *munus*, mas que não eram de caráter judicial. Assim, o juiz de fora presidia a câmara municipal e acumulava atividades administrativas, como a gestão dos bens de órfãos e ausentes, enquanto o ouvidor da comarca, especialmente no século XVIII e à luz das

⁵⁸ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renova, 2004, p. 147.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 151-152.

⁶⁰ Nesse sentido, por exemplo, ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 69. No entanto, segundo o autor, a expressão “Ministério Público” surgiu no Brasil apenas em 02 de maio de 1874 com o Decreto 5.618.

concepções iluministas, esperava-se que fosse um fomentista identificando fontes de recursos para exploração econômica de particulares e aumento da arrecadação estatal. Inversamente, titulares de outros cargos exerciam funções de caráter judicial, colaborando para a execução de normas e mesmo a produção de um direito colonial. Isso ocorria com o governador-geral ou vice-rei do Estado do Brasil nas suas funções de desembargador do Tribunal da Relação.⁶¹

Quanto ao direito aplicado no Brasil, verifica-se um certo grau de adaptação da norma à realidade colonial:

Não há dúvida de que quando se instalaram os Tribunais da Relação de Salvador, em 1609, ou do Rio de Janeiro, em 1752, tais fatos corresponderam a notáveis esforços para afirmar o Estado português e sua normatividade jurídica. Da mesma forma, a presença de ouvidores e, depois, de juízes de fora, foi fixando “manchas de jurisdição estatal” no território colonizado. Entretanto, mesmo nessas áreas, mas principalmente fora delas, nos territórios onde reinava quase absoluto o proprietário rural, senhor de engenho, fazendeiro de cana de açúcar ou pecuarista, a normatividade que se impunha era das “tecnologias disciplinares” locais, aquilo que a Oliveira Viana aparecia como “tipos, instituições, usos e costumes”.⁶²

Havia normas jurídicas comuns à metrópole e à colônia, como as Ordenações, mas também podem ser encontrados muitos exemplos de normas jurídicas propriamente coloniais, isto é, direcionadas para o Brasil pelo Estado português ou geradas na colônia. Neste último caso se inclui o direito produzido pelas câmaras municipais sob a forma de bandos e posturas municipais. “Fundadas em suas competências definidas nas Ordenações, Manuelinas e Filipinas, as câmaras municipais legislaram intensamente sobre temas locais, desde o uso de terras da Câmara até os preços dos gêneros”.⁶³

Muitas normas que regiam a carreira judicial representaram um esforço de centralização por parte da administração portuguesa. Tais normas procuravam reduzir o contato dos magistrados com a vida local, na suposição de que eles se afastariam do cumprimento de sua missão que era a serviço do rei. Assim, os desembargadores eram nomeados por período de seis anos para o mesmo lugar, eram proibidos de casar sem licença

⁶¹ WEHLING, Arno e Maria José. A questão do direito no Brasil colonial (a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais) in *História & Direito jogos de encontros e transdisciplinariedade*. Gizlene Neder (org.) Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84.

⁶² *Ibidem*, p. 86.

⁶³ *Ibidem*, p. 91. Em sentido diverso escreveu Caio Prado Junior, para quem, de um modo geral, a administração portuguesa estendeu para o Brasil sua organização, seu sistema e não criou nada de original para a colônia. Segundo o autor, houve uma incapacidade de criar órgãos diferentes e adaptados a condições peculiares que não se encontravam no Reino; as inovações foram insignificantes e não alteraram o caráter da administração que fora na colônia uma símile do Reino. Afirma, por fim que o que se encontrara foi um ajustamento de fato, forçado pelas circunstâncias, e não regulado por normas legais. (PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1961.)

especial, eram proibidos de exercer o comércio ou possuir terras dentro da área de sua jurisdição.

Segundo José Murilo de Carvalho⁶⁴, houve o estabelecimento do primeiro governo-geral no Brasil em 1549, sendo também criado o cargo de ouvidor-geral. Aqueles visavam restringir a ampla autonomia dada aos capitães donatários nos primórdios da colonização, estes eram como superintendentes das terras senhoriais. Na medida em que crescia a população, se tornava mais difícil a administração da justiça no interior. Os juízes ordinários, que eram eleitos pelos “homens bons”, não tinham força para eliminar o arbítrio de seus eleitores e dos capitães-mores. Daí foram enviados os juizes de fora, nomeados por período de três anos e com as mesmas atribuições e proibições aplicadas aos desembargadores. Foi dado aos juizes de fora a atribuição de presidir as Câmaras municipais, o que lhes permitia controlar o processo eleitoral e influenciar toda a política local.

Apesar dos esforços da Coroa, a historiografia, embora com pequena sustentação empírica, vem demonstrando que no Brasil colonial nem sempre a bipolaridade centro x periferia ocorria conforme o desejado pela legislação, constatando-se a imersão dos juízes de fora nas redes locais de poder.⁶⁵

1.7 Considerações finais do capítulo

Embora no período colonial não se pudessem distinguir os poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, e nem separar as funções judiciais das administrativas, é possível falar numa justiça com destaque para duas categorias de juízes: os eletivos e os profissionais. Aqueles eram leigos, sem remuneração, eleitos pelos “homens bons”, enquanto estes eram letrados, nomeados pelo rei.

O ingresso na carreira da magistratura exigia a graduação em direito pela Universidade de Coimbra, única universidade existente em Portugal e suas colônias, e a realização do exame de ingresso no serviço público, a “leitura dos bacharéis”. No tribunal da Relação do Rio de Janeiro no século XVIII, bem como no da Bahia e nos tribunais portugueses, os desembargadores eram magistrados de carreira que passavam por um *cursus honorum* cujas características eram: a hierarquização – a justiça local era atribuída a juízes

⁶⁴ CARVALHO, Jose Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p 171.

⁶⁵ WEHLING, Arno. *Administração portuguesa no Brasil, 1777-1808*. Brasília: Funcep, 1986.

leigos em direito e as jurisdições mais amplas aos magistrados profissionais -, a crescente burocratização – todos os desembargadores eram formados em direito e tinham uma carreira profissional pregressa - e a rotatividade dos cargos - a fim de desvincular os funcionários reais dos interesses locais.

Ser desembargador da Relação representava a consolidação de um processo de ascensão de setores intermediários desta sociedade estamental. Na época tanto o exercício da magistratura na burocracia real, como o de cargos na administração local, atribuíam o *status* de nobreza. Havia interesse dos bacharéis na criação dos tribunais como forma de alargar suas oportunidades profissionais, num segmento burocrático promissor de bens, prestígio e poder.

Não havia previsão de participação de advogados como julgadores nos Tribunais da Relação da Bahia e do Rio de Janeiro. Dentre os desembargadores, incluía-se o Procurador da Coroa, Fazenda e fisco e Promotor de Justiça que exercia funções de ministério público, numa época em que este ainda se confundia com a atividade judicial.

2 1 O JUDICIÁRIO IMPERIAL

2.1 Federação e centralização na Constituinte de 1823

A partir de 1821, iniciaram-se movimentos de constitucionalização no Brasil. Esses movimentos provocaram a convocação de uma Assembleia Constituinte em 3 de junho de 1822, que foi posteriormente dissolvida, em 13 de novembro de 1823, devido a manifestações políticas.⁶⁶ Os temas federação e centralização foram muito debatidos na Constituinte e influenciaram a montagem do aparelho judiciário.

Ivo Coser⁶⁷ relata que era possível perceber na Constituinte a inversão das posições adotadas pelos grupos paulista e fluminense de um lado, pernambucano e baiano de outro. O grupo paulista e fluminense era movido pela centralidade da preservação da unidade das partes que formavam o antigo império português na América, enquanto o grupo adversário buscava alcançar a máxima autonomia possível para as províncias.

Ambos os grupos reconheciam a possibilidade da compatibilidade entre monarquia e federação. Ao grupo federalista interessava fundamentalmente assegurar a autonomia para as províncias; a forma de governo – monárquica ou republicana – seria apenas o meio para obter tal fato. O grupo centralizador enxergava na monarquia o meio mais eficaz para manter a unidade entre as províncias.

Segundo aquele autor⁶⁸, a corrente federalista justificava a autonomia das províncias argumentando que a província, da mesma maneira que o cidadão ativo cuida da sua casa, deve controlar os recursos e os meios administrativos. Desse modo, os federalistas acreditavam que a liberdade e a prosperidade estariam asseguradas. Um dos principais meios através do qual esse programa seria realizado era o controle sobre o funcionário público. A corrente federalista argumentava que no modelo federal o funcionário seria retirado dentre os cidadãos ativos da província, porque estes seriam mais interessados na prosperidade local.

Para os centralizadores, continua Ivo Coser⁶⁹, os interesses de Estado requeriam um tipo de funcionário que pusesse acima dos vínculos para com localidade o seu vínculo para com o Estado-nação. Desse modo, a ideia de centralização requeria um funcionário que pudesse servir em diversos pontos do país; por meio dele manifestava-se o Estado-nação e

⁶⁶ ARAÚJO, Rosalina Correa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 2004.

⁶⁷ COSER, Ivo. Visconde do Uruguai. *Centralização e federalização no Brasil 1823-1866*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

não os interesses provinciais referidos unicamente aos seus valores locais. A capacidade de deslocar um funcionário pelo país indicava que ele chegava às localidades não como portador de valores presentes naquele espaço social, mas como meio através do qual seriam introduzidos valores distintos daqueles.

O argumento centralizador sai vitorioso na Constituinte de 1823, mas a ideia de federação continuará no debate político brasileiro, principalmente quando da discussão do Código de Processo (1832) e do Ato Adicional (1834).

2.2 A atividade jurisdicional na Constituição de 1824

Em 25 de março de 1824, foi outorgada pelo imperador a primeira constituição brasileira. Foi essa constituição que organizou pela primeira vez o Poder Judiciário no Brasil.

No projeto da Assembleia Constituinte eram reconhecidos três poderes, órgãos da soberania nacional: o Legislativo, o Executivo e o Judicial. A Constituição imperial, além dos três poderes reconhecia, também, o Poder Moderador como base de organização do Estado.

A atividade jurisdicional no período imperial não era monopólio do Poder Judicial, mas sim um exercício dividido com o Poder Moderador e com Conselho de Estado.⁷⁰

O Poder Moderador tinha como principal objetivo constitucional equilibrar a ação dos demais poderes, neles intervindo quando houvesse rompimento ou desequilíbrio. Era exercido privativamente pelo imperador, que, na qualidade de chefe supremo da nação, o acumulava com a chefia do Executivo⁷¹. Detinha, também, competência para perdoar e moderar as penas, de suspender os magistrados dos exercícios de suas funções e de anistiar em casos urgentes.

O Conselho de Estado, previsto na Constituição⁷², era órgão de consulta obrigatória do imperador no uso das atribuições do Poder Moderador. A Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834 (Ato Adicional reformador da Constituição) suprimiu o Conselho de Estado, sem criar

⁷⁰ ARAÚJO, Rosalina Correa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 2004.

⁷¹ Previa a Constituição de 1824: “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”.

⁷² A Constituição de 1824 trata do Conselho de Estado nos artigos 137 a 144. O art 142 dispunha que “Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negócios graves, e medidas gerais da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as ocasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, à exceção da VI”.

substituto com mesmas atribuições. Com a Lei nº 234 de 23 de novembro de 1841, foi criado um novo Conselho de Estado, sem os poderes da anterior e cuja consulta era facultativa ao imperador. O Regulamento 124 de 1842 acrescentou a esse Conselho de Estado a função jurisdicional administrativa⁷³. Esse regulamento estabeleceu que os presidentes das províncias e os Ministros de Estado poderiam tomar decisões sobre questões contenciosas, restando aos interessados o direito de recorrer para o Conselho de Estado, que era ouvido, facultativamente, antes da decisão final do imperador. Apenas excepcionalmente a oitiva era obrigatória. A atividade deste Conselho durou até 1889.

O Conselho tinha grande peso na política e na administração do Império. Havia freqüentes consultas ao órgão; muitos decretos do Poder Executivo e muitas decisões do poder Moderador foram baseados em pareceres e opiniões dos conselheiros, importantes projetos de lei foram por eles inicialmente redigidos, como a Lei de Terras de 1850 e a Lei de Ventre livre de 1871.⁷⁴

Segundo José Murilo de Carvalho, os conselheiros eram escolhidos a dedo pelo imperador, quase sempre depois de ter passado por vários postos da administração e da representação política. Destacamos que, observando os postos ocupados por conselheiros entre 1841 e 1889, o autor informa que 47 dos 72 conselheiros foram presidentes de província e muitos pertenceram à magistratura. Somente dois não tinham estudos superiores; cinquenta e quatro eram formados em Direito⁷⁵.

Analisando as atas do Conselho Pleno do Conselho de Estado, José Murilo de Carvalho mostra o modo de pensar dos conselheiros:

(...) as atas do Conselho Pleno nos dão acesso ao pensamento, expresso com relativa franqueza, de um grupo cuidadosamente selecionado de políticos no ápice de suas carreiras. Embora com certa predominância conservadora, era ampla a representação liberal, especialmente na última década, podendo-se dizer que estamos diante do pensamento do cerne da elite política produzida pela monarquia. No entanto, a seleção imperial e a exigência mínima de 40 anos faziam com que não fossem representadas a oposição republicana (...) e as gerações monárquicas mais novas. Assim, sem prejudicar, a essa altura, quais interesses estariam sendo representados pelos conselheiros, pode-se esperar uma parcialidade em favor do sistema, especialmente do Poder Moderador e da centralização em geral.⁷⁶

⁷³ Houve um embate entre os doutrinadores brasileiros sobre a adoção de um sistema uno ou duo de jurisdição. Esse embate é mencionado por NEVES, Edson Alvisi. “Princípios Gerais da Jurisdição Administrativa nos Tribunais do Império”, in: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XX, p. 77-95, 2009 e também por LOPES, José Reinaldo Lima. *O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil-Império*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211-236.

⁷⁴ CARVALHO, Jose Murilo de. *A construção da ordem. Teatro de sombras*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p. 257.

⁷⁵ *Ibidem*, quadro 11, p. 258.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 363.

O mesmo autor informa que as atas revelam uma posição eurocêntrica, sendo que os conselheiros faziam referência a países europeus e tentavam conformar o Brasil aos padrões da civilização cristã europeia. Mas, embora desejassem seguir esse ideal de civilização, os conselheiros não sabiam os meios de fazê-lo, isto é, de aplicá-lo à realidade brasileira.

José Reinaldo Lima Lopes⁷⁷ acrescenta que a maior parte da atividade do Conselho desenvolvia-se nas seções (Justiça e Estrangeiros, Império, Guerra, e Fazenda) e nelas desenvolveu-se extensa atividade interpretativa das leis⁷⁸. Segundo o autor, estabeleceu-se uma prática quase regular de os juízes e tribunais consultarem o Conselho, o que poderia ter as seguintes explicações: a) nem sempre o judiciário era considerado um poder de Estado, sendo às vezes referido apenas como um departamento ou ramo; b) os juízes facilmente percebiam-se como servidores do governo e por algum cargo na magistratura começavam uma carreira que não terminava necessariamente na magistratura; c) para evitar a responsabilização dos juízes, prevista na Constituição imperial, pela não aplicação da lei⁷⁹.

Quanto ao Poder Judicial, a Constituição imperial não estabeleceu uma estrutura organizada para ele, mas permitiu seu funcionamento em duas instâncias⁸⁰. A primeira instância era composta pelos juízes de paz, que eram os juízes leigos e locais, com funções conciliatórias, e pelos juízes de direito, que eram juízes togados e locais. Existiam, também, os jurados, que era a justiça popular e leiga, e os juízes árbitros, que formavam a justiça consensual.

A segunda e última instância eram formadas pelas Relações, que após a independência e a promulgação da Constituição de 1824, substituíram a Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens e a Casa da Suplicação. Como visto no capítulo anterior, em 1808, a Relação do Rio de Janeiro foi transformada em Casa da Suplicação do Brasil, com competência para julgar em último grau. Com sua extinção, em 1833, restaurou-se a Relação do Rio de Janeiro, que retornou à sua condição de tribunal local.

⁷⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010. O autor propõe que parte da cultura jurídica do Império manifestou-se no Conselho de Estado como órgão auxiliar do Poder Moderador quando de sua interferência na aplicação das leis, para esclarecimento de dúvidas do magistrado e para correção dos magistrados que erravam ou agiam de má fé. O autor justifica o título do livro com uma frase de Joaquim Nabuco: “O Conselho de Estado era, com efeito, uma espécie de oráculo de Delfos, ao qual se faziam todas as perguntas imagináveis”.

⁷⁸ Segundo a pesquisa feita pelo autor, um terço do tempo da Seção da Justiça foi dedicado à interpretação concreta da lei.

⁷⁹ Assim dispõe o art 133 da Constituição imperial: “Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis: (...) IV. Pela falta de observância da Lei”.

⁸⁰ ARAÚJO, Rosalina Correa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 2004.

Os desembargadores, membros das Relações, eram escolhidos de uma lista de quinze juízes de direito mais antigos. Foi também criado o Supremo Tribunal de Justiça, em 1828, mas que não funcionava como instância recursal, mas como instância de revista. Os seus membros eram nomeados dentre os desembargadores por antiguidade.

Assim, segundo a Constituição imperial, havia o Supremo Tribunal de Justiça com sede na capital do império, tribunais da Relação nas províncias, juízes de direito nas comarcas e juízes de paz nos distritos. Essa Constituição previa, também, os juizes árbitros, que eram nomeados pelas partes e os jurados a quem cabia o pronunciamento sobre os fatos.⁸¹

A Constituição de 1824 assegurou aos juízes as garantias de independência e de perpetuidade, mas não a de inamovibilidade.⁸² Segundo Rosalina de Araújo Correa, quanto à negação da garantia da inamovibilidade, estava incluída numa das preocupações da política imperial, a circulação das elites como instrumento de controle da unidade territorial e de consolidação da consciência nacional⁸³. Somente em 1850, pela Resolução 559 de 28 de junho, essa garantia foi incluída entre as de independência e perpetuidade.

No seu art. 48, a Constituição Imperial aludia ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional, reconhecendo-lhe competência para acusar nos crimes cuja acusação não pertencesse à Câmara dos Deputados. De acordo com o art. 93 da Consolidação do Conselheiro Ribas⁸⁴ o Procurador da Coroa era o órgão do Ministério Público perante a Relação. No entanto, não havia exclusividade na função, determinando seu art. 95 que “nos feitos em que não tiverem de intervir como órgãos do ministério público, os Procuradores da Coroa das Relações das províncias julgarão **como os outros Desembargadores**” (destacamos).

⁸¹ A Constituição imperial trata “Do Poder Judicial” nos artigos 151 a 164. Dispõem os arts. 151 e 152: “Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem. Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o fato, e os Juizes aplicam a Lei”.

Além da Constituição, outras leis do império tratavam dos juizes. Alberto Antonio de Moraes Carvalho, advogado da época, fez em 1850, uma sistematização das regras do processo civil conforme a legislação do império. Segundo o autor, “Além dos juizes que compõem as Relações, o Supremo Conselho de Justiça, o Conselho Supremo do Almirantado, a legislação atual, para decisão das causas cíveis, tem estabelecido: os juizes de paz; os municipais; os do cível; os de direito; os dos feitos da fazenda; os de órfãos, os árbitros”. CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Praxe forense ou diretório pratico do processo civil brasileiro conforme a legislação do império*. Tomo Primeiro. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, p 42-44.

⁸² “Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpétuos, o que, todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros lugares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.”

⁸³ ARAÚJO, Rosalina Correa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 2004, p. 57.

⁸⁴ Consolidação das Disposições Legislativas e regulamentares concernentes ao processo Civil, pelo Dr. Antonio Joaquim Ribas, do Conselho de sua majestade o Imperador, aprovado pela Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876.

Fernando Henrique Cardoso observa que essa Constituição e suas emendas deixavam sempre em aberto o limite entre a esfera do Poder Moderador e a do Executivo e transformava o monarca em fonte de poder absoluto:

A ele [imperador] cabia dissolver as câmaras, chamar novos gabinetes e estes não só “derrubavam” as situações políticas provinciais e locais como nomeavam novos funcionários. O exercício da função pública confundia-se com o preenchimento de expectativas de lealdades partidárias, justificada à época graças à teoria dos “direitos próprios” da administração para nomear “seus” homens. Como não existiam de fato “partidos de representação” posto que os eleitores eram circunscritos e as eleições faziam-se por círculos que separavam votantes de eleitores, garantindo-se com isso, que o colégio de eleitores fosse uma espécie de clube de senhores, era decisivo o papel do imperador para que funcionasse a rotatividade política do império e para que se cumprisse o *ersatz* de opinião eleitoral da época. Graças às mudanças de inclinação política do monarca, ventos novos podiam soprar e, com essa ficção de democracia parlamentarista, impedia-se que os interesses locais se eternizassem com o predomínio da mesma oligarquia. Havia sempre a ameaça de uma oligarquia emergente a disputar as preferências imperiais e que tinha chance, uma vez dissolvida a Câmara e nomeados novos presidentes de província pelo Chefe do gabinete em ascensão, de refazer uma “maioria”.⁸⁵

Além disso, a interferência do Executivo no Judiciário era recorrente.⁸⁶ Christian Edward Cyril Lynch relata que chegou a ser discutido no império o exercício das funções do Poder Moderador por uma Suprema Corte, bem como o fortalecimento do Poder Judiciário, tema que será retomado na República.⁸⁷

⁸⁵ CARDOSO, Fernando Henrique. Dos governadores militares a Prudente – Campos Sales. in *História Geral da Civilização Brasileira Tomo III O Brasil Republicano 1º volume Estrutura de poder e economia*. 2ª edição. São Paulo: Difel, 1977, p 27-28.

⁸⁶ Dr. A. M. Perdigão Malheiro, sexto presidente do IAB, em discurso proferido por ocasião do aniversário de 7 de setembro de 1864 do Instituto, reclamou dessa interferência:

“A independência, v. g., do Poder Judicial é garantida; e reconhecida como um dos melhores e mais seguros meios de agradar a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos. Igualmente é decretada a *perpetuidade dos Magistrados*, como condição essencial dessa independência.

E, no entanto por mais de uma vez a mão violenta do Poder Executivo tem infringido esses preceitos, verdadeiros dogmas de nossa organização política.

Como a espada de Democles, essa arma está pendente sobre a cabeça dos agentes desse Poder, que assim (como o mais fraco) se acha ou pode ser avassalado pelo forte.” (RIOAB, 1865, p. 49-50).

A submissão do Ministério Público ao Executivo também era evidente como se deduz do aviso do Ministério da Justiça de 9 de novembro de 1867 onde consta que “ainda que (...) não sejam competentes os promotores públicos para intervir, como partes, nos processos administrativos, contudo não podem eximir-se ao cumprimento de ordens do governo (...).” (RIOAB, 1868, p. 258).

⁸⁷ Já em 1841, por exemplo, o liberal histórico Teófilo Otoni aludira a um “supremo Poder Moderador” que, detido pela Suprema Corte, teria o poder de declarar a inconstitucionalidade das normas nos Estados Unidos; vinte anos depois, ele voltou a defender a tese de que Judiciário brasileiro tinha ou deveria ter a mesma função. Em 1870, foi a vez de Tavares Bastos definir o Judiciário norte-americano como “o grande Poder Moderador da sociedade, preservando a arca da aliança de agressões, ou venham do governo federal ou dos governos particulares”. Por fim, a crer-se no depoimento do republicano Salvador de Mendonça, o próprio Imperador Dom Pedro II teria cogitado em 1889 de criar um tribunal semelhante à Suprema Corte norte-americana para lhe transferir as competências do Poder Moderador. Também não era nova a ideia de fortalecimento do Poder Judiciário. Pregando contra a justiça administrativa imperial, em 1869 Nabuco de Araújo e outros liberais haviam insistido que os juízes eram os únicos árbitros adequados das contendas individuais e mesmo eleitorais. Ao apresentar seu ministério em 1882, também o liberal Marquês de Paranaguá frisara a necessidade de

2.3 Alterações no sistema judiciário posteriores à Constituição

Várias alterações foram feitas no sistema judiciário do império por leis resultantes das disputas políticas entre centralizadores e descentralizadores. Dentre essas leis estão o Código de Processo Criminal de 1832, o Ato Adicional de 1834, a Lei de Interpretação do Ato Adicional de 1840, a Lei 261 de 3 de dezembro de 1841 e a Reforma de 1871.

Com a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832 houve uma profunda mudança na administração judiciária do império, especialmente porque fixou novas autoridades judiciárias, diferentes das estabelecidas no modelo colonial e no Reino.

Esse Código extinguiu as ouvidorias de comarcas, os juízes de fora, os juízes ordinários. Ele substituiu esses cargos de origem colonial pelo promotor público (escolhido a partir de proposta tríplice elaborada pelas Câmaras Municipais, nomeado na corte pelo governo imperial e nas províncias pelo presidente)⁸⁸, pelos juizes de direito (bacharéis formados em Direito, com um ano de prática jurídica, nomeados pelo Imperador)⁸⁹, pelo juiz municipal (preferencialmente formados em Direito nomeados pela corte e pelos presidentes das províncias)⁹⁰ e pelos jurados (eleitor e de reconhecido bom senso e probidade)⁹¹. Criou o cargo de chefe de polícia, modificou as competências dos juízes de paz e fixou, em disposição

emancipar o Judiciário da dependência do Executivo, de molde a inspirar a confiança dos partidos em sua neutralidade política. O mesmo faria o primeiro-ministro liberal Lafaiete Rodrigues Pereira no ano seguinte, ao lembrar aos deputados que o Judiciário deveria ser fortalecido por conta da “idoneidade intelectual e moral do magistrado e sua perfeita independência pessoal”. Em 1886 já estava no ar a possibilidade de se atribuir ao Supremo Tribunal de Justiça a verificação dos poderes dos parlamentares eleitos. Por fim, em 1888, aquele tribunal já protestava contra a ingerência do Poder Executivo, em nome da igualdade entre os poderes políticos consagrada na Carta de 1824. (LYNCH, Christian Edward Cyril. *O momento oligárquico: a construção institucional da república brasileira (1870-1891)*. História Constitucional, n. 12, 2011. <http://www.historiaconstitucional.com>, p. 309-310.)

⁸⁸ Assim dispunha a lei sobre o recrutamento dos promotores: “Art. 36. Podem ser Promotores os que podem ser Jurados; entre estes serão preferidos os que forem instruídos nas Leis, e serão nomeados pelo Governo na Corte, e pelo Presidente nas Províncias, por tempo de três anos, sobre proposta tríplice das Câmaras Municipais. (...) Art. 38. No impedimento, ou falta do Promotor, os Juizes Municipais nomearão quem sirva interinamente”.

⁸⁹ Assim consta no Código de Processo Criminal de 1832: “Art. 44. Os Juizes de Direito serão nomeados pelo Imperador d’entre os Bacharéis formados em Direito, maiores de vinte e dois anos, bem conceituados, e que tenham, pelo menos, um ano de pratica no foro, podendo ser provada por certidão dos Presidentes das Relações, ou Juizes de Direito, perante quem tenham servido; tendo preferência os que tiverem servido de Juizes Municipais, e Promotores.”

⁹⁰ Conforme o art. 33 do Código de Processo Criminal de 1832 “Para a nomeação dos Juizes Municipais as Câmaras Municipais respectivas farão de três em três anos uma lista de três candidatos, tirados d’entre os seus habitantes formados em Direito, ou Advogados hábeis, ou outras quaisquer pessoas bem conceituadas, e instruídas; e nas faltas repentinas a Câmara nomeará um, que sirva interinamente.” O art 34 dispõe “Estas listas serão remetidas ao Governo na Província, onde estiver a Corte, e aos Presidentes em Conselho nas outras, para ser nomeado d’entre os três candidatos um, que deve ser o Juiz Municipal no Termo.”

⁹¹ “Art. 23. São aptos para serem jurados todos os cidadãos que podem ser eleitores, sendo de reconhecido bom senso e probidade. Excetuam-se os senadores, deputados, conselheiros e ministros de Estado, bispos, magistrados, oficiais de justiça, juizes eclesiásticos vigários, presidentes, secretários dos governos das províncias, comandantes das armas e dos corpos de 1ª linha”.

provisória, os procedimentos da administração da justiça civil, revogando os institutos do processo civil originários do direito do reino. Nesta disposição foram criadas as juntas de paz para julgar os recursos dos juízes de paz.

Pelo Código de Processo Criminal havia três figuras importantes escolhidas dentre os cidadãos da localidade: o promotor, o juiz municipal e o júri popular.

De acordo com Ivo Coser⁹², esse Código foi um momento culminante das ideias de federalismo no Brasil. Para os federalistas, o Estado não deveria se tornar um ente distante, pois isso acarretava inevitavelmente um poder público infenso aos interesses dos cidadãos e arbitrário, a maneira pela qual o poder público seria disseminado pela sociedade foi pensada a partir da estrutura judiciária. A eleição do juiz de paz e o processo de escolha do júri, do juiz municipal e do promotor deveriam colocar o poder próximo aos cidadãos ativos. Os cargos eram vistos como um meio pelo qual os interesses da sociedade estavam presentes no funcionamento do Estado. Para diversos cargos não foi exigida como condição essencial à formação prévia em Direito.

Assim, a ideia de federalismo esteve diretamente associada a uma descentralização do poder que disponibilizaria a máquina pública ao cidadão ativo na esfera que lhe é mais próxima, isto é, o município.

Mas as críticas ao Código de Processo Criminal tiveram início desde a sua promulgação. Os embates em torno da sua revisão ocuparam toda a década e muitos dos que inicialmente o defenderam mudaram de juízo. Um dos problemas apontados era a descentralização da estrutura judiciária. Para Ivan de A. Vellasco,

A forma como fora desenhado o novo modelo torna-o bastante sensível às variações e conjunturas locais. Isso significava que sua possibilidade de realização dependia da existência de grupos locais suficientemente hegemônicos e interessados na manutenção e reprodução do equilíbrio de forças e do controle social. Nos centros urbanos economicamente dinâmicos, as elites apresentavam maiores interesses e capacidade de construção e solidificação dos arranjos institucionais. Com possibilidade de intervir e influenciar as escolhas dos ocupantes dos postos de juiz de direito e juízes municipais, e elegendo seus melhores representantes para o juizado de paz, os grupos dominantes locais perpetuavam o controle e garantiam sua reprodução, uma vez que era esse sistema que controlava o processo eleitoral e seus resultados. Enquanto isso, nas regiões rurais, onde a economia agrícola de subsistência era fator de dispersão social e auto-isolamento das unidades produtivas, os mesmos arranjos se mostraram constantemente precários, e o aparato institucional se tornava facilmente uma simples ferramenta para a realização de interesses privados e o exercício de vinganças pessoais.⁹³

⁹² COSER, Ivo. *Visconde do Uruguai. Centralização e federalização no Brasil 1823-1866*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

⁹³ VELLASCO, Ivan de A. A reforma de 1841 e seu impacto nos padrões de operatividade da *Justiça in: História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*. Gizlene Neder (org.) Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 198.

Mudanças foram feitas com o Ato Adicional de 1834, a Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834. De acordo com Ivo Coser⁹⁴, a intenção dos federalistas era conter os conflitos armados que aconteciam pelo país. Para eles, a tarefa deveria ser conduzida pelo Legislativo Provincial e não pelo poder central como os centralizadores achavam. Assim, houve uma redefinição da ideia de federalismo. Na ideia do Código de Processo Criminal estava presente a relevância de que as funções eletivas ou escolhidas a partir dos cidadãos ativos do município fossem centrais no aparelho do Judiciário. A partir do Ato Adicional, essa ideia é criticada em favor da procedência do Legislativo Provincial.

Com o Ato Adicional, a maior parte das províncias interpretou que os magistrados eram funcionários provinciais e, portanto, estavam sujeitos ao seu controle. Assim, o poder central deveria nomear um magistrado, mas a Assembleia Provincial dispunha de importantes poderes sobre este.

A ação do legislativo provincial apontou na direção do esvaziamento das figuras centrais do código de processo criminal: o juiz de paz e o júri. As atribuições destes foram esvaziadas em detrimento do juiz de direito que com o ato adicional passou a ser controlado por esse legislativo. A própria Câmara Municipal passou a ser controlada por ele com a criação da figura do prefeito.

Com o Ato Adicional, houve a criação do Município Neutro, base física para a sede do poder central. Para isso, a cidade do Rio de Janeiro foi transformada nesse município neutro ou município da Corte, o restante do território permaneceu como província do Rio de Janeiro, que teve como capital a cidade de Niterói.⁹⁵ Apesar de o município neutro ter base física própria para abrigar a sede do Poder Central e apresentar relativa autonomia, possuindo administração executiva e legislativa desvinculada da província, no que tange ao Judiciário, ele era subordinado à jurisdição da Província, por meio do Tribunal de Relação do Rio de Janeiro.⁹⁶

Com a Lei de Interpretação do Ato Adicional (Lei 105 de 12 de maio de 1840), foi dado um passo em direção a uma virada centralizadora. Distinguiu-se a polícia administrativa da judiciária, sendo esta inteiramente subordinada ao poder central (art. 1º) e ficou vetado às

⁹⁴ COSER, Ivo. *Visconde do Uruguai. Centralização e federalização no Brasil 1823-1866*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

⁹⁵ Essa separação permaneceu até 1975, momento em que houve a incorporação entre os Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara. (PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. *Antecedentes do TJDF (1602 - 1808)*).

⁹⁶ *Ibidem*.

Assembleias Provinciais alterarem as atribuições dos cargos (art. 2º), o que ia de encontro com a ideia dos federalistas de adequar as leis nacionais às necessidades provinciais.

Para os centralizadores, a polícia judiciária (juiz de direito, juiz de paz, promotor, juiz de órfãos, júri) deveria ter suas regras elaboradas pelo poder central e, também, executadas por ele. A execução não poderia ficar a cargo dos Legislativos Provinciais. Este controle asseguraria que a lei não ficasse sujeita a particularismos locais.⁹⁷

Em 1841, a Lei de 3 de dezembro reformou o Código de Processo Criminal e mudou radicalmente a estrutura judiciária, redefinindo poderes e atribuições, alterando aspectos processuais importantes e centralizando seu controle nas mãos do Ministério da Justiça. Segundo Andrei Koerner, um dos argumentos que justificou a lei foi que a atribuição de funções judiciais a magistrados profissionais era considerada uma necessidade tanto pelos liberais moderados, como pelos conservadores, em vista das críticas à ignorância, à corrupção e à parcialidade dos juízes leigos.⁹⁸

Alguns pontos da reforma propiciados pela Lei foram: 1 criou-se nas capitais um chefe de polícia, nomeado pelo poder central, que escolhia, nos municípios, os delegados e subdelegados que ficavam subordinados a ele. Os chefes de polícia eram escolhidos entre os desembargadores e juizes de direito, e eram inamovíveis. Os subdelegados e delegados eram indicados entre os cidadãos e juízes; 2 foram esvaziadas as atribuições dos juizes de paz, a maior parte transferida para o chefe de polícia e seus delegados; 3 modificou-se a forma de nomeação dos juizes municipais e promotores, dispensando a proposta das Câmaras Municipais, exigindo que os promotores fossem, quando possível, bacharéis formados; 4 foram dadas atribuições mais amplas aos juizes de direito, que deveriam ser nomeados entre bacharéis formados que tivessem servido no cargo de juizes municipais, de órfãos ou de promotores por pelo menos quatro anos; 5 foram abolidas as juntas de paz e o júri de acusação.⁹⁹

Afirma Ivan de A. Vellasco que a Lei de 3 de dezembro tratava da formação de uma burocracia de Estado propriamente dita, em parte remunerada e controlada pelo poder central. Segundo o autor, o controle das nomeações passou a representar um poderoso instrumento de barganha e cooptação das elites locais e estabeleceu-se uma estrutura de polícia centralizada

⁹⁷ COSER, Ivo. *Visconde do Uruguai. Centralização e federalização no Brasil 1823-1866*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

⁹⁸ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

⁹⁹ COSER, Ivo. *Visconde do Uruguai. Centralização e federalização no Brasil 1823-1866*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

cuja esteira de transmissão ligava os inspetores de quarteirão, agora homens de confiança dos subdelegados do distrito, ao ministro e secretário do estado dos negócios da justiça.¹⁰⁰

Seguiram-se muitos protestos contra essa Lei. Em 1862 o Partido Progressista, formado por liberais e conservadores dissidentes, propunha a reforma da organização judiciária nas seguintes bases:

1ª Julgamento definitivo dos juízes de direito no crime e no cível – Por consequência, julgamento em segunda instância competindo exclusivamente às Relações – relações em todas ou na maior parte das províncias. 2ª As funções dos juízes municipais reduzidas ao preparo e execuções dos processos crimes e cíveis. 3ª Garantias necessárias para a nomeação, substituição e independência pessoal dos magistrados. 4ª Criação e organização do Ministério Público no crime e no cível.¹⁰¹

As propostas do partido liberal-radical, composto por liberais históricos, incluíam a autonomia de julgamento do poder Judicial, a estruturação da carreira dos magistrados, a supervisão judicial do processo eleitoral, as incompatibilidades do cargo e a separação das funções da magistratura e da polícia. Segundo os liberais, a Lei de 1841 feria o princípio da independência do magistrado. Ao atribuir aos juízes municipais a competência para decisões definitivas em primeira instância e aos juízes de direito a segunda instância, a Lei havia desobedecido aos dispositivos constitucionais que determinavam que os juízes de primeira instância seriam perpétuos (o que não era o caso dos juízes municipais) e que o julgamento em segunda instância seria coletivo (arts. 151, 153 e 158 da Constituição de 1824). Outros pontos problemáticos da Lei eram a livre nomeação dos magistrados pelo governo e as promoções segundo indicações políticas. Para os liberais, a independência dos magistrados seria alcançada com critérios impessoais de seleção e de promoção e com as garantias funcionais do cargo.¹⁰²

O principal formulador das propostas liberais de reforma judiciária foi Nabuco de Araújo. Desde 1860, ele defendeu na câmara medidas que ampliassem as garantias e os poderes da magistratura. A partir de então, sua esperança estava “nos juízes de direito que oferecem maior garantia em razão de serem magistrados perpétuos”.¹⁰³ Em razão das

¹⁰⁰ VELLASCO, Ivan de A. A reforma de 1841 e seu impacto nos padrões de operatividade da *Justiça in: História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*. Gizlene Neder (org.) Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 198.

¹⁰¹ Américo Brasiliense. Os programas dos partidos e o 2º império. São Paulo: Tip Jorge Seckler, 1878 citado por KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998, p. 90.

¹⁰² KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998, p. 90-91.

¹⁰³ NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império*. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1975, p. 90.

discussões no senado a respeito da reforma da Lei de 3 de dezembro de 1841, o conselheiro Nabuco de Araújo defendeu, como representante do partido liberal, que a magistratura fosse ilustrada, “a fim de que com consciência do dever, possa aplicar a lei” e independente, “para que possa resistir aos poderosos da terra em suas lides e aos governos nas porfias políticas com o cidadão”¹⁰⁴ Segundo seu entendimento, para a ilustração do magistrado era essencial o noviciado:

Nenhum bacharel será nomeado juiz municipal sem ter dois anos de prática. A prática consiste na freqüência das audiências dos juizes e tribunais, exercendo aí o bacharel as funções de solicitador; na assistência às sessões do júri da corte ou capitais das províncias, fazendo aí o bacharel pelo menos quatro defesas no decurso de dois anos; na companhia de algum advogado, ajudando-o efetivamente com o seu trabalho.

A prova da habilitação devem ser as certidões dos protocolos, os certificados dos juizes e tribunais, cujas audiências freqüentaram, dos presidentes do júri perante os quais defenderam e do advogado em cujo escritório praticaram. (...) a prática entendida só é feita no Corte ou nas capitais das províncias. (...) nenhum bacharel será nomeado juiz de direito sem ter exercido e desempenhado bem por quatro anos efetivos o lugar de juiz municipal e tendo as habilitações acima exigidas.

Além disso, o bacharel que pretende o lugar de juiz de direito, deve logo que findar o seu quadriênio de juiz municipal, apresentar ao governo na Corte e presidentes nas províncias uma exposição das dúvidas e dificuldades que encontrou na execução das leis durante seu exercício, assim como seu parecer sobre elas. A respeito deste trabalho será argüido perante o ministro da justiça na Corte e presidentes nas províncias ou perante o Supremo Tribunal de Justiça ou relação, por duas pessoas competentes. O juízo sobre a capacidade do bacharel nestes exames será tido em consideração quando se tratar da nomeação de juiz de direito.¹⁰⁵

Nabuco reclamou da prática vigente de um ano para a nomeação do juiz, já que, deste modo, todos estariam habilitados e não dava para diferenciar uns dos outros; a porta de entrada seria o patronato. Disse que por melhores que fossem as intenções do ministro da justiça ele não poderia deixar de ser arrastado pelo patronato, pois “onde [o ministro] pensa que encontra informações, aí estão os ardis dos interesses particulares”.¹⁰⁶ Em vista da influência dos motivos eleitorais, o único recurso que teria o ministro para escusar-se seriam as habilitações exigidas pela lei. Afirmou que: “A magistratura que depende do governo para as suas nomeações, seus acessos, suas remoções e sua aposentadoria, não pode ser independente”.¹⁰⁷ Assim, para Nabuco, “uma iniciação científica e prática para a magistratura

¹⁰⁴ Anais do senado federal. Discurso proferido na sessão de 16 de junho de 1871 pelo excelentíssimo Sr. Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araújo, p. 2.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 2.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 3.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 3.

é uma garantia porque é o único meio de contrapesar a influência que na nomeação dos juízes exercem as intrigas e recomendações políticas”.¹⁰⁸

Como garantia da magistratura, Nabuco defendeu o princípio da antiguidade, desde que combinado com o noviciado, a primeira instância vitalícia e a incompatibilidade absoluta, propondo a separação entre a magistratura e a política. Advogou, ainda, o aumento do número das relações em razão do aumento da população, das causas, das comarcas, da falta de vagas para os juízes de direito na segunda instância e da necessidade da segunda instância coletiva (conforme previa a constituição), já que, segundo relata, a segunda instância vinha sendo praticada por juízes singulares locais. Queria uma segunda instância diferente da primeira na capacidade dos juízes e estranha às influências locais. Na época só quatro das vinte províncias tinham relações; Nabuco propôs que fosse uma relação para cada duas ou três províncias.¹⁰⁹

O conselheiro também propôs que **advogados notáveis pudessem ser nomeados juízes**. Para ele, essa medida era de grande importância, pois “devemos falar a verdade, os nossos tribunais não se ressentem da improbidade, mas ressentem-se do pouco estudo”.¹¹⁰ Segundo seu filho e biógrafo, Joaquim Nabuco, o objetivo de Nabuco de Araújo era criar uma aristocracia de juízes, porque, “onde o indivíduo não se interessa senão pelo que lhe pessoalmente lhe concerne, a liberdade individual só pode ser protegida tornando-a um ponto de honra de uma magistratura escolhida e superiormente educada”.¹¹¹

A separação entre a justiça e a polícia deveria ser acompanhada do fortalecimento do Ministério Público, o que era necessário por duas razões: para ampliar a garantia do poder público à liberdade individual, contra os poderes locais e para separar as atribuições de acusador e juiz no processo criminal, que eram acumuladas pelo magistrado no procedimento oficial. Na proposta de 1866, Nabuco de Araújo defendeu a atribuição exclusiva do Ministério Público para proceder à acusação dos criminosos e a limitação da ação particular aos crimes contra a honra. Propôs, também, a criação da Ordem dos Advogados com o objetivo de inspecionar a profissão do advogado e garantir a sua independência em relação à autoridade.¹¹²

¹⁰⁸ Anais do senado federal. Discurso proferido na sessão de 3 de agosto de 1871 pelo excelentíssimo Sr. Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araújo, p. 2.

¹⁰⁹ Anais do senado federal. Discurso proferido na sessão de 20 de junho de 1871 pelo excelentíssimo Sr. Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araújo, p. 2.

¹¹⁰ Discurso na câmara em 23/3/1866 citado por NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império*. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1975, p. 550.

¹¹¹ NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império*. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1975, p. 224.

¹¹² *Ibidem*, p. 89-90 e 550-553.

Não apenas os liberais, mas, também, os conservadores defendiam alterações na Lei de 1841. Segundo Andrei Koerner, a diferença em relação às propostas dos conservadores e a dos liberais quanto à independência da magistratura era que para aqueles era necessário que o governo mantivesse mecanismos de controle sobre os juízes; para estes a independência funcional dos juízes era condição necessária para sua autonomia de julgamento.¹¹³

Em 1871, houve uma nova reforma do Poder Judiciário com a Lei 2.033. Essa Lei previu que a jurisdição de 1ª instância fosse exclusivamente exercida pelos Juízes de Direito, e a de 2ª pelas Relações, nas capitais, que fossem sedes de Relações, e nas comarcas de um só termo “a elas ligadas por tão fácil comunicação que no mesmo dia se possa ir e voltar” (art. 1º). Em relação ao processo civil, a reforma de 1871 elevou a alçada do processo sumaríssimo para cem mil réis, causas essas da competência do juiz de paz, com recurso para os juízes de direito; os juízes municipais tiveram a sua competência dilatada para o preparo de todos os feitos cíveis cujo julgamento competisse aos juízes de direito, e, bem assim, para o processo e decisão das causas cíveis entre cem e quinhentos mil réis (menos nas comarcas especiais), com apelação para os juízes de direito.¹¹⁴

Essa lei foi seguida do Decreto suplementar 2.342, de 6 de agosto de 1873, que ampliou o número de Relações do império, elevando para onze.¹¹⁵ Em consequência, o distrito jurisdicional da Relação do Rio de Janeiro passou a abranger apenas o Município Neutro - correspondente à cidade do Rio de Janeiro - e as Províncias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo.¹¹⁶

¹¹³ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

¹¹⁴ RODYCZ, Wilson Carlos. *O Juiz de Paz Imperial: Uma Experiência de Magistratura Leiga e Eletiva no Brasil*. Revista Justiça & História, Volume 3, nº 5, 2003, p. 29.

¹¹⁵ Até 1873 havia somente as quatro Relações criadas durante o período Colonial: de Salvador (1609), com jurisdição na Bahia e Sergipe; da Corte (1751), com jurisdição no Município Neutro, no Rio de Janeiro, no Espírito Santo e em todo o centro e o sul do país; de São Luiz (1812), com jurisdição no Maranhão e no Piauí; e de Recife (1821), com jurisdição em Pernambuco, Paraíba e Alagoas. (RODYCZ, Wilson Carlos. *O Juiz de Paz Imperial: Uma Experiência de Magistratura Leiga e Eletiva no Brasil*. Revista Justiça & História, volume 3, nº 5, 2003, nota 49, p. 20).

¹¹⁶ Em 1873, pelo Decreto nº 2.342, foram criados mais sete Tribunais de Relação, ficando assim distribuída a jurisdição de 2ª instância da Justiça Comum Imperial (todas as novas Relações foram instaladas ao longo de 1874):

Relação da Corte (Rio de Janeiro e Espírito Santo) – 17 desembargadores
Relação da Bahia (incluindo Sergipe) – 11 desembargadores
Relação de Pernambuco (incluindo Paraíba e Alagoas) – 11 desembargadores
Relação do Maranhão (incluindo o Piauí) – 7 desembargadores
Relação de São Paulo (incluindo o Paraná) – 7 desembargadores
Relação de Minas Gerais – 7 desembargadores
Relação do Rio Grande do Sul (incluindo Santa Catarina) – 7 desembargadores
Relação do Pará (incluindo o Amazonas) – 7 desembargadores
Relação do Ceará (incluindo o Rio Grande do Norte) – 7 desembargadores
Relação do Mato Grosso – 5 desembargadores

Ivan de A. Vellasco observa que os resultados da Lei de 1871 foram tímidos em relação ao modelo implantado em 1841:

Em que pese o intenso debate que se travou a respeito da lei [de 3 de dezembro de 1841] e os protestos dos liberais sobre as ameaças que ela representava às garantias individuais do cidadão, e o temor da gestação de um Estado plenipotenciário, essa estrutura se manteve, no fundamental, intocada até o fim do Império. O império havia montado uma máquina de governabilidade com o Estado passando a ter poderes e condições de exercê-los que a ninguém interessou o risco de mudá-los. Toda a polêmica sobre a reforma de 1871 e seus modestos e tímidos resultados quanto ao modelo implantado em 1841 só o confirmam.¹¹⁷

Como ressalta Fernando Henrique Cardoso, cada uma das facções políticas, seja conservadora ou liberal, que estivesse no poder, utilizava a máquina do governo para manter posição. Mas no jogo político quem determinava a alternância dos partidos no poder era o imperador.¹¹⁸

Portanto, observa-se que o Primeiro Reinado (1822-1831) e a Regência (1831-1840) foram fases bem marcadas por transformações políticas. José Murilo de Carvalho informa que as conseqüências da descentralização produzidas pelo Código de Processo Criminal de 1832 e pelo Ato Adicional de 1834 e as rebeliões provinciais da Regência possibilitaram a formação de dois grandes partidos que, com altos e baixos, dominaram a vida política do Império até o final.¹¹⁹

O Partido Conservador¹²⁰ propunha a reforma das leis descentralizadoras, num movimento chamado de Regresso; defendia o fortalecimento do poder central, o controle centralizado da magistratura e da polícia, o fortalecimento do poder moderador. Os defensores das leis descentralizadoras se organizaram no Partido Liberal¹²¹; para a defesa de uma maior autonomia provincial, pela justiça eletiva, pela separação da polícia e da justiça, pela redução do Poder Moderador.¹²²

Relação de Goiás – 5 desembargadores

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

¹¹⁷ VELLASCO, Ivan de A. A reforma de 1841 e seu impacto nos padrões de operatividade da *Justiça in: História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*. Gizlene Neder (org.) Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 209.

¹¹⁸ CARDOSO, Fernando Henrique. Dos governadores militares a Prudente – Campos Sales. *in História Geral da Civilização Brasileira Tomo III O Brasil Republicano 1º volume Estrutura de poder e economia*. 2ª edição. São Paulo: Difel, 1977.

¹¹⁹ CARVALHO, Jose Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007.

¹²⁰ Um dos seus principais teóricos foi Paulinho Jose Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai.

¹²¹ Um dos seus principais teóricos foi Teófilo Otoni.

¹²² Jose Murilo de Carvalho defende que os proprietários rurais se distribuíam entre os dois partidos. Os donos de terra que se ligavam ao Partido Conservador tendiam a pertencer a áreas de produção agrícola voltadas para a

Ainda segundo José Murilo de Carvalho, a partir de 1837, com o regresso conservador, começou a se formar um sistema de dominação mais sólido, centrado na aliança entre o rei e a alta magistratura de um lado e o grande comércio e a grande propriedade, principalmente a cafeicultura fluminense de outro. Esse sistema enfrentou dificuldades para se estabelecer devido às rebeliões regenciais.¹²³

Nas palavras do autor, a obra política do regresso consistiu em devolver ao governo central os poderes que perdera com a legislação descentralizadora da Regência, sobretudo com o Código de Processo de 1832 e com o Ato Adicional de 1834. Em 1840 voltou a funcionar o Poder Moderador e foi restabelecido o Conselho de Estado, extinto pelo Ato Adicional de 1834.

Os liberais revoltaram-se em 1842 contra essas leis. Mas, ao voltarem ao poder em 1844, mantiveram oposição puramente retórica a elas, pois tinham percebido sua utilidade para o exercício do poder. Em quatro anos no poder em nada alteraram o esquema do regresso.¹²⁴

Desde 1848 esteve no governo um ministério solidamente conservador, que, em 1850, sentiu-se forte para enfrentar dois problemas cruciais para o Estado que vinham freqüentando há tempos a agenda política pública: o do tráfico e o da estrutura agrária e imigração. Nesse ano, foi publicado o Código Comercial que sistematizava a confusa legislação anterior, em boa parte de origem colonial e que vinha se arrastando na câmara e no senado desde 1834. Também em 1850, houve uma lei de reforma da Guarda Nacional que corou o esforço de centralização política e administrativa iniciado em 1840.¹²⁵

exportação e de colonização mais antiga, como Pernambuco, Bahia e, sobretudo, Rio de Janeiro. Esses grupos tinham mais interesses na política nacional e na estabilidade do sistema. Daí se disporem mais facilmente a apoiar medidas favoráveis ao fortalecimento do poder central. Os donos de terra filiados ao Partido Liberal provinham mais de áreas como Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, com menos interesses na centralização e na ordem ao nível nacional. (*Ibidem*, p. 226).

¹²³ José Murilo de Carvalho divide as revoltas ocorridas nesse período em dois grupos. O primeiro seguiu-se à abdicação de D. Pedro I e perdurou até 1835, um ano depois de sua morte e da promulgação do Ato Adicional. Essa onda de revoltas traduziu a inquietação da população urbana nas principais capitais. A população urbana, aliada a tropa de primeira linha, protestava contra o alto custo de vida, contra a desvalorização da moeda (que causava o encarecimento das importações), contra a invasão de moedas falsas. Sendo o comércio nas principais capitais controlados por portugueses, eles eram o alvo dominante da ira popular. Foi criada a Guarda Nacional para manter a ordem. O segundo grupo de revoltas foi posterior ao Ato Adicional e só terminou no Segundo Reinado. Descentralizado o poder graças ao Ato Adicional, o conflito também se descentralizou, deslocando-se para as áreas rurais. A mais trágica revolta rural foi a cabanagem no Pará entre 1835 e 1840, que envolveu camponeses, índios e escravos. (*Ibidem*, p. 250).

¹²⁴ No mesmo sentido, Joaquim Nabuco escreveu que o Partido Liberal, apesar dos protestos e levante em Minas e em São Paulo, uma vez “no governo (...) nunca seriamente pensou em reformar a lei de 1841.” (NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império*. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1975, p. 187).

¹²⁵ CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p. 250.

Quanto ao sistema partidário, as únicas modificações importantes, do ponto de vista formal, deram-se com o surgimento dos partidos Progressista, de curta duração, e Republicano. O Partido Progressista surgiu da Liga Progressista, em torno de 1864, sendo ambos produto do movimento de Conciliação iniciado em 1853 pelos conservadores. Compunha-se de dissidentes conservadores e liberais históricos. O Partido dissolveu-se em 1868. Parte dos Progressistas formou o novo Partido Liberal, parte ingressou no Partido Republicano fundado em 1870. Até o fim do império, o sistema partidário permaneceu tripartite, tendo de um lado os partidos monárquicos e de outro o Partido Republicano.¹²⁶

Os liberais da década de 1860 diferenciam-se dos seus antecessores das décadas de 1830 e início dos anos 1840. Estes eram fortemente dominados pelos proprietários rurais, cujas demandas tinham como eixo a descentralização política, tendo como figuras principais o juiz de paz e o tribunal do júri. A partir da década de 1860, os liberais eram oriundos também dos novos grupos sociais urbanos. Suas propostas não constituíam um programa homogêneo de reformas, mas tinham alguns pontos comuns: a descentralização, a moralização das eleições, a abolição gradual e a reforma judiciária. Quanto ao Poder Judicial, viam na constituição de uma magistratura independente uma forma de ampliar as garantias às liberdades individuais.¹²⁷

2.4 Atuação dos leigos na justiça

2.4.1 Juízes de paz

Os juízes de paz, previstos no art. 162 da Constituição imperial, foram criados pela Lei de 15 de outubro de 1827. Essa lei estabelecia sua competência para promover a conciliação das partes e para julgar certas demandas, tendo ainda atribuições policiais. Várias leis posteriores trataram desse juiz,¹²⁸ sendo que tiveram especial importância o Código de Processo Criminal de 1832, a Lei 261 de 3 de dezembro de 1841 e a Lei 2.033 de 1871.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 201-225.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 160-161.

¹²⁸ Por exemplo: a lei de 1º de outubro de 1828, dando nova forma às Câmaras Municipais, atribuiu ao juiz de paz competência privativa para conhecer das multas por contravenção às posturas municipais (art. 88); o decreto de 1º de dezembro de 1828 expediu instruções para as eleições dos juizes de paz; os decretos de 18 e 20 de setembro de 1829 estabeleceram suas incompatibilidades; um decreto de 26 de agosto de 1830 aboliu os almotacés, passando as suas atribuições para os juizes de paz; etc. Uma relação de todas essas leis foi feita por FERREIRA, Vieira. *Juízes e Tribunais do Primeiro Império e da Regência*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional,

Sobre a origem do juiz de paz, Edson Alvisi Neves informa que sua criação foi sugerida pelo relatório do desembargador Manuel Inácio de Melo Souza (barão de Pombal), ouvidor em São João Del Rei de 1814 a 1820 que, após apresentar o “caótico estado do direito processual e da administração da justiça”, fez diversas sugestões para melhorar a administração da justiça.¹²⁹

Ivan de Andrade Vellasco afirma que os argumentos em torno da administração da justiça e suas vicissitudes que levaram à introdução do juizado de paz se desenvolviam, fundamentalmente, em dois campos:

O primeiro, centrado nas críticas aos reiterados problemas e queixas da estrutura jurídica, em grande parte herdada do período colonial, com o predomínio abusivo dos magistrados e seus sistemas de emolumentos. O segundo situava-se no campo da percepção de que era necessário introduzir mecanismos de implementação da justiça, capazes de levar seus benefícios a toda, ou quase toda, extensão do território do Império; o que constituiria um dos pilares básicos de sustentação e fortalecimento do sistema constitucional e uma tarefa primeira do Estado em construção. No primeiro caso, o juiz de paz seria uma alternativa de distribuição da justiça, baseada no poder local e capaz de se contrapor às práticas ortodoxas de uma máquina lenta, decadente e ineficiente. [...] No segundo caso, a ênfase recaía nas funções de conciliação e arbítrio das pequenas causas – o que tornaria efetiva a extensão da justiça ao grosso da população livre – bem como na atividade de policiamento e controle da ordem, ambas então em estado mais que precário.¹³⁰

Além da reforma da administração da justiça, também havia objetivos políticos na instituição dos juízes de paz. O juiz de paz foi concebido como um magistrado leigo, sem treinamento e não remunerado, sobretudo, para conciliar os litigantes potenciais e jurisdicionar nas vilas e nas causas de pequena importância. De fato, entretanto, significava muito mais. Representava a concretização da autonomia e da descentralização administrativa então defendida pelos liberais. Observa Wilson Carlos Rodyckz que “a instituição do juiz de paz tornou-se o símbolo da luta contra a herança colonial e foi o núcleo de intensa polêmica jurídica-política que dominou o cenário no nascedouro do Estado brasileiro. Seus adversários viam nele o germe da erosão da autoridade central e uma ameaça ao controle social; seus defensores, a descentralização e a democratização da justiça”.¹³¹

Boletim do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1937, p. 28-32. O livro traz uma compilação da legislação sobre juizes e tribunais no período da Independência à Maioridade.

¹²⁹ NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na corte do império do Brasil: o Tribunal do Comércio*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008, p. 30.

¹³⁰ VELLASCO, Ivan de Andrade. *O juiz de paz e o Código do Processo: vicissitudes da justiça imperial em uma comarca de Minas Gerais no século XIX*. Justiça & História, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003, p. 5.

¹³¹ RODYCKZ, Wilson Carlos. *O Juiz de Paz Imperial: Uma Experiência de Magistratura Leiga e Eletiva no Brasil*. Revista Justiça & História, Volume 3, nº 5, 2003, p. 9. Este ensaio é um resumo do segundo capítulo da dissertação do autor apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da UNISINOS, em 2002.

Esse autor afirma que seus criadores visavam reduzir os poderes do Imperador, os quais tinham o absolutismo, em face da experiência do fechamento da Assembleia Constituinte. Por isso, optaram por sabotar o poder judicial tradicional, pelo qual, no período colonial, a Coroa se expandia. O juiz de paz tornou-se forte porque não dependia do poder do rei, como o juiz de fora ou o ouvidor; por ser eletivo, seu poder provinha do eleitorado. Essa importância se revela na competência que lhe foi atribuída, que era superior, inclusive, a dos juizes de fora – que eram profissionais nomeados pela Coroa. Por esse motivo, houve conflitos entre esses dois juizes. Os letrados tiveram seu orgulho corporativo ofendido ao ter que compartilhar sua autoridade com juizes não profissionais.¹³²

Desde o princípio, houve críticas ao juiz de paz. As mais comuns eram contra a incapacidade de pessoas não profissionais e sem treinamento entenderem e aplicarem corretamente as leis e quanto à impossibilidade de particulares dedicarem-se à justiça sem remuneração, já que tinham suas profissões e seus afazeres e não podiam passar um ano como magistrado modelo.¹³³

Com a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832, os juizes de paz se consolidaram e, ainda, aumentaram os seus poderes policiais e de vigilância e a sua jurisdição penal. Com o tempo, entretanto, esse complexo competencial passou a ser alvo de críticas, sendo o Juiz de Paz responsabilizado pelas frustrações das expectativas não confirmadas, bem como pela impunidade e pela anarquia instaladas nas Províncias.¹³⁴

Visconde do Uruguai, por exemplo, criticava o pouco tempo de duração do juiz no cargo: mal este começava a conhecer suas funções era substituído, e a rotatividade impedia que o funcionário se familiarizasse com as tarefas. Como a lei não requeria que o eleito fosse

¹³² *Ibidem*, p. 10.

¹³³ Essas críticas foram registradas na peça “O juiz de paz na roça”, escrita por Martins Pena. O diálogo abaixo entre o juiz de paz e seu escrivão descreve o despreparo dos juizes de paz:

“ESCRIVÃO — Vossa Senhoria vai amanhã à cidade?

JUIZ — Vou, sim. Quero me aconselhar com um letrado para saber como hei de despachar alguns requerimentos que cá tenho.

ESCRIVÃO — Pois Vossa Senhoria não sabe despachar?

JUIZ — Eu? Ora essa é boa! Eu entendo cá disso? Ainda quando é algum caso de umbigada, passe; mas casos sérios é outra coisa. Eu lhe conto o que me ia acontecendo um dia. Um meu amigo me aconselhou que, todas as vezes que eu não soubesse dar um despacho, que desse o seguinte: “Não tem lugar”. Um dia apresentaram-me um requerimento de certo sujeito, queixando-se que sua mulher não queria viver com ele, etc. Eu, não sabendo que despacho dar, dei o seguinte: “Não tem lugar.” Isto mesmo é que queria a mulher; porém, o marido fez uma bulha de todos os diabos; foi à cidade, queixou-se ao Presidente, e eu estive quase não quase suspenso. Nada, não me acontece outra.

ESCRIVÃO — Vossa Senhoria não se envergonha, sendo um Juiz de Paz?

JUIZ — Envergonhar-me de quê? O senhor ainda está muito de cor. Aqui para nós, que ninguém nos ouve, quantos juizes de direito há por estas comarcas que não sabem aonde tem sua mão direita, quanto mais juizes de paz... E, além disso, cada um faz o que sabe. (Batem.) Quem é?”

¹³⁴ RODYZCZ, Wilson Carlos. *O Juiz de Paz Imperial: Uma Experiência de Magistratura Leiga e Eletiva no Brasil*. Revista Justiça & História, Volume 3, nº 5, 2003, p. 23.

um bacharel, tornava-se fundamental que houvesse tempo para o juiz começar a conhecer as leis e suas atribuições. A pouca intimidade com suas atribuições era agravada pelo fato de o juiz de paz ser um particular, não era um assalariado do governo, então não poderia descuidar dos seus afazeres particulares. Segundo Uruguai, as atribuições do juiz de paz foram enormemente alargadas com o Código de Processo Criminal e tal acúmulo de tarefas passou a exigir uma dedicação exclusiva do funcionário. Para ele, mesmo o juiz de paz disposto a colocar em primeiro plano sua atividade pública não conseguiria fazê-lo, pois a sobrecarga de funções não iria permitir tal desprendimento.¹³⁵

A Lei de 1841 alterou a competência do juiz de paz que foi despojado da maior parte das suas atribuições. Por ela, os poderes penais e policiais dos juízes de paz foram transferidos aos funcionários nomeados pelo governo - os juízes municipais e os delegados de polícia. Posteriormente, a Lei 2.033 de 1871 trouxe novas alterações em relação àqueles juízes. A lei criou dois tipos de comarcas, no âmbito cível, registrando a profissionalização dos magistrados: as gerais – com juízes de paz julgando causas de até cem mil réis e juízes municipais de cem mil a quinhentos mil réis, ambas com recurso para o juiz de direito, e este, em primeira instância, nas causas de mais de quinhentos mil réis, com recurso para as Relações – e as especiais – nas sedes das Relações, em que a jurisdição de primeira instância era exercida por juízes de paz em causas de até cem mil réis, com recurso aos juízes de direito, e por estes, em instância única, nas causas de cem mil a quinhentos mil réis, e acima disso, em primeira instância, com recurso para as Relações. A lei criou, ainda, nas comarcas especiais, a figura do juiz substituto, preparador do processo, e estabeleceu, nas comarcas gerais, a ordem de substituição dos juízes titulares, que passou a ser feita pelos próprios magistrados profissionais, chamando na sua ausência, um juiz do termo, ou comarca, vizinho, e não mais o juiz de paz¹³⁶, cabendo a este somente a alçada do processo sumaríssimo. Tais alterações são assim resumidas por Wilson Carlos Rodycz¹³⁷: “o Juiz de Paz iniciou a sua existência com uma larga competência criminal, pela reforma de 41 ficou sem essa jurisdição, readquirindo, em 1871, atribuição apenas para questões de somenos (processar e julgar as infrações de posturas municipais)”.¹³⁸

¹³⁵ COSER, Ivo. *Visconde do Uruguai. Centralização e federalização no Brasil 1823-1866*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008, p. 264.

¹³⁶ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política da USP, 1998.

¹³⁷ RODYZ, Wilson Carlos. *O Juiz de Paz Imperial: Uma Experiência de Magistratura Leiga e Eletiva no Brasil*. Revista Justiça & História, Volume 3, nº 5, 2003, p. 29.

¹³⁸ Apesar das críticas, em estudo que realizou sobre as transformações da estrutura judiciária nos anos 20 e 30 do século XIX na comarca do Rio das Mortes, na Província de Minas Gerais, Ivan de A. Vellasco verificou que a inserção dos juizados de paz apresentou uma efetiva expansão da administração da justiça e da atividade de

2.4.2 Júri

Instituição tão inovadora e importante quanto os juizes de paz foi o sistema de jurados. De acordo com o Código de Processo Criminal de 1832, o procedimento criminal podia ser ordinário ou sumário. O sumário era da competência do juiz de paz. O ordinário era da competência do Conselho de Jurados, sob a presidência do juiz de direito. O processo ordinário se iniciava pela denúncia do promotor ou por queixa da vítima perante o juiz de paz, que procedia à formação da culpa e, após, remetia os autos ao juiz de direito, que submetia o caso aos dois conselhos: o da acusação, composto por 23 jurados, com a atribuição de aceitar ou não a queixa (artigos 238 e seguintes)¹³⁹; e da sentença, composto por 12 jurados, com competência para decidir pela procedência ou improcedência da acusação (art. 254 e seguintes)¹⁴⁰. Para ser jurado, era necessário ser eleitor e de reconhecido bom senso e probidade, excetuados os parlamentares, membros do clero, magistrados, etc. (art. 23)¹⁴¹.

Com a reforma do Código de Processo Criminal em 1841, o Tribunal do Júri sofreu crescentes limitações, tais como a extinção do júri de acusação (art. 95)¹⁴². A reforma também

policciamento e controle da ordem. (VELLASCO, Ivan de Andrade. *O juiz de paz e o Código do Processo: vicissitudes da justiça imperial em uma comarca de Minas Gerais no século XIX*. Justiça & História, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003).

¹³⁹ “Art. 238. No dia assinado, achando-se presentes o juiz de direito, escrivão, jurados, o promotor nos crimes em que deve acusar, e a parte acusadora, havendo-a, principiará a sessão pelo toque de campainha. Em seguida, o juiz de direito abrirá a urna das sessenta cédulas, e verificando publicamente que se acham todas, as recolherá outra vez: feita logo pelo escrivão a chamada dos jurados, e achando-se completo o numero legal, observando-se o disposto nos arts. 313 e 315, mandará o mesmo juiz extrair da urna, por um menino, vinte e três cédulas. As pessoas que elas designarem formarão o primeiro conselho de jurados, que será interinamente presidido pelo primeiro que tiver saído à sorte.”

¹⁴⁰ “Art. 254. Declarando o primeiro conselho de jurados que ha matéria para acusação, o acusador oferecerá em juízo o seu libelo acusatório dentro de vinte e quatro horas, e o juiz de direito mandará notificar o acusado para comparecer na mesma sessão dos jurados, ou na próxima seguinte, quando na presente não seja possível ultimar-se a acusação”.

¹⁴¹ “Art. 23. São aptos para serem jurados todos os cidadãos que podem ser eleitores, sendo de reconhecido bom senso e probidade. Excetua-se os senadores, deputados, conselheiros e ministros de Estado, bispos, magistrados, oficiais de justiça, juizes eclesiásticos vigários, presidentes, secretários dos governos das províncias, comandantes das armas e dos corpos de 1ª linha.”

Araújo de Figueiredo Junior observa que “podem ser jurados os que não sabem ler nem escrever, por não ser esta qualidade exigida, e poder haver bom senso e probidade sem ela; mas como haja disposições no Código do Processo Criminal que indicam a precisão de saberem os jurados ler e escrever, para poder-se desempenhar o que nelas se determina, se acontecer que todos os sorteados para a formação do 1º e 2º conselho não saibam ler nem escrever, dever-se-ão excluir os dois últimos, e continuar o sorteamento até saírem os que, sabendo ler e escrever, estejam habilitados para serem presidente e secretario. — Av. de 12 de Agosto de 1835.”(FILGUEIRAS JUNIOR, Araújo. *Código do processo do imperio do brasil e todas as mais leis que posteriormente forão promulgadas, e bem assim todos os decretos expedidos pelo poder executivo, relativamente às mesmas leis, tendo em notas todos os avisos que entendem com a materia do texto e tambem os accordãos do supremo tribunal e das relações do imperio, que explicão a doutrina das diversas leis e regulamentos e ensinão a melhor pratica*. Tomo I Rio de Janeiro: Casa dos Editores-Proprietarios Eduardo & Henrique Laemmert 66, Rua do Ouvidor, 66, 1874, p. 22, nota de rodapé 42).

¹⁴² “Art. 95. Ficam abolidas as Juntas de Paz, e o 1º Conselho dos Jurados. As suas atribuições serão exercidas pelas Autoridades Policiais criadas por esta Lei, e na forma por ela determinada.”

criou restrições para ser jurado, incluindo o requisito da alfabetização e estabelecendo diferenças na renda mínima para a qualificação, de acordo com a atividade econômica. Os que se dedicavam às atividades industriais ou comerciais precisavam ter o dobro da renda dos proprietários de terras ou dos empregados públicos.¹⁴³

Inicialmente, as listas dos elegíveis para o cargo de jurado eram preparadas por uma junta presidida pelo juiz de paz, completada pelo pároco e por um representante do Conselho Municipal. Após 1841, a qualificação dos jurados passou para os delegados de polícia, com recurso para uma junta composta pelo juiz de direito, o promotor público e o presidente do Conselho Municipal. Wilson Carlos Rodycz observa que “isso era uma circunstância deveras relevante naquela época em que quem controlasse a composição do Conselho de Jurados controlaria as suas decisões”.¹⁴⁴

Os procedimentos legais estipulavam que os jurados decidiriam sobre os fatos sob seu exame e o juiz de direito, ao final do julgamento, informaria a sentença produzida pelo Conselho de Jurados. Diante de eventual absolvição, a sentença poderia ser questionada por apelação *ex-officio* do juiz ou pelas partes em litígio. A Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, em seu artigo 78, trazia o direito à apelação a um Tribunal de Relação composto por Juízes de Direito. Tratava-se de uma tentativa de colocar sob juízo as decisões dos jurados.¹⁴⁵

O sistema de jurados foi uma instância de julgamento muito discutida no século dezenove, acusada de inoperância e ineficácia no combate ao crime. As autoridades declaravam a ineficiência do Júri por todo o Império, numa clara demonstração de que tal insatisfação não se ligava a fatores locais.¹⁴⁶ Após a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832, dentre as constantes queixas dos magistrados em relação ao estado da administração da justiça, se incluíam denúncias de impunidade associadas à não-reunião do corpo de jurados e, quando faziam, as frequentes absolvições praticadas por esse corpo.¹⁴⁷ Daí

¹⁴³ “Art. 27. São aptos para Jurados os cidadãos que puderem ser Eleitores, com a exceção dos declarados no art. 23 do Código do Processo Criminal, e os Clérigos de Ordens Sacras, com tanto que esses cidadãos saibam ler e escrever, e tenham de rendimento anual por bens de raiz, ou Emprego Público, quatrocentos mil reis, nos Termos das Cidades do Rio de Janeiro, Bahia, Recife e S. Luiz do Maranhão: trezentos mil réis nos Termos das outras Cidades do Império; e duzentos em todos os mais Termos.”

¹⁴⁴ RODYCZ, Wilson Carlos. *O Juiz de Paz Imperial: Uma Experiência de Magistratura Leiga e Eletiva no Brasil*. Revista Justiça & História, Volume 3, nº 5, 2003, p. 19.

¹⁴⁵ Nesse sentido, CAMPOS, Adriana Pereira, BETZEL, Viviani Dal Piero. *A justiça e o júri oitocentistas no Brasil*. Justiça & História, v. 6, p. 66 - 100, 2008, p. 20.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 8.

¹⁴⁷ VELLASCO, Ivan de A. *A reforma de 1841 e seu impacto nos padrões de operatividade da Justiça* in: História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade. Gizlene Neder (org.) Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 198.

a reforma do Código de Processo Criminal em 1841 ter diminuído, sobremaneira, a influência do Tribunal do Júri.¹⁴⁸

De acordo com Wilson Carlos Rodycz, o sistema de jurados “foi a culminação lógica do princípio da participação popular na magistratura. Foi a personificação dos ideais de autonomia judicial e de localismo. Repetiu-se, por isso, o estremecimento entre a magistratura profissional e os liberais, pois, como os juízes de paz, os jurados representavam um ataque frontal àquela elite judicial.”¹⁴⁹

2.4.3 Promotores

O Código de Processo Criminal de 1832 estabelecia que todos aqueles que poderiam ser jurados poderiam, também, ser promotores, sendo que dentre eles seriam preferidos os “que fossem instruídos nas leis” (art. 36)¹⁵⁰. O promotor seria escolhido pelo presidente da província a partir de uma lista tríplice elaborada pela Câmara Municipal. O promotor era, portanto, mais um cargo preenchido a partir do município e recebia as mesmas críticas por parte dos centralizadores direcionadas ao juiz de paz e ao júri.¹⁵¹

¹⁴⁸ CAMPOS, Adriana Pereira, BETZEL, Viviani Dal Piero. *A justiça e o júri oitocentistas no Brasil*. Justiça & História, v. 6, p. 66 - 100, 2008, p. 23-24. Essas autoras fizeram um estudo sobre a prática de julgamentos do Tribunal do Júri no Brasil no século dezenove na Província do Espírito Santo. Suas conclusões contradizem as críticas correntes feitas à instituição. Nas suas palavras: “As críticas à sua atuação talvez surgissem de setores pouco acostumados às instituições liberais, cujo pressuposto universal de inocência servia para proteger os cidadãos da força e da imposição do Estado. Herdeiro de uma tradição hierárquica, coube ao Estado brasileiro, em certo momento de sua história, implementar instituições cuja natureza liberal conflitava diretamente com seu próprio caráter centralizador. Talvez aí, nessa tradição arraigada no país, se ocultasse a fonte última das críticas ao Tribunal do Júri, muito mais do que na atuação dessa instância judicial, conforme se verificou no plano regional da Província do Espírito Santo.” A pesquisa baseou-se principalmente nos autos criminais depositados no Arquivo Público do Estado do Espírito Santo. Entre os anos de 1850 e 1870, as autoras encontraram 176 processos, nos quais constavam 203 réus.

¹⁴⁹ RODYCZ, Wilson Carlos. *O Juiz de Paz Imperial: Uma Experiência de Magistratura Leiga e Eletiva no Brasil*. Revista Justiça & História, Volume 3, nº 5, 2003, p. 18.

¹⁵⁰ “Art. 36. Podem ser Promotores os que podem ser Jurados; entre estes serão preferidos os que forem instruídos nas Leis, e serão nomeados pelo Governo na Corte, e pelo Presidente nas Províncias, por tempo de três anos, sobre proposta tríplice das Câmaras Municipais. (...) Art. 38. No impedimento, ou falta do Promotor, os Juizes Municipais nomearão quem sirva interinamente.”

¹⁵¹ Um exemplo de promotor do império foi Nabuco de Araújo. Joaquim Nabuco relata que seu pai, José Thomaz Nabuco de Araújo, ao sair da faculdade de Direito, onde havia concluído o curso, obtendo o grau de bacharel, foi imediatamente nomeado promotor público: “Logo ao sair da Academia, Nabuco é nomeado para o lugar saliente de Promotor Público do Recife (abril de 1836). A nomeação devia-a ele aos seus ataques contra o partido Chimango, da qual principalmente saiu a Praia, e aos serviços que prestara quando estudante, redigindo pequenos jornais de ocasião como o Aristarcho (1835/36), orando nos clubes e reuniões políticas”. (NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império*. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1975, p. 35.) Comentando essa nomeação de Nabuco, João Francisco Sawen Filho afirma que: “É de se notar que o nomeado, que constava então com apenas 19 anos, obteve, segundo as afirmações de seu filho e biógrafo, a nomeação por puro critério político, pois naquela altura ainda não se evidenciavam as qualidades que consagrariam Nabuco de Araújo como

Com a Reforma do Código em 1841, os promotores passavam a ser nomeados pelo poder central (Imperador ou presidentes de províncias) podendo ser demitidos *ad nutum*; os escolhidos deveriam ser necessariamente bacharéis formados, seus ordenados seriam arbitrados pelo poder central, além de receber emolumentos por desempenho (art. 22 e 23)¹⁵².

Ivo Coser observa que com essa Reforma o promotor se tornou funcionário do Estado¹⁵³, “**podendo ser deslocado para o cargo de juiz de direito**, certamente mais importante e com vencimentos maiores. A partir desse ingresso na magistratura, o promotor ficava sujeito a ser deslocado pelo território nacional”.¹⁵⁴ **(destacamos)**

um dos maiores estadistas do Império”. (SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 117-118.)

¹⁵²“Art. 22. Os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os Bacharéis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos Juizes de Direito.”

“Art. 23. Haverá pelo menos em cada Comarca um Promotor, que acompanhará o Juiz de Direito: quando porém as circunstancias exigirem, poderão ser nomeados mais de um. Os Promotores vencerão o ordenado, que lhes for arbitrado, o qual, na Corte, será de um conto e duzentos mil réis por ano, além de mil e seiscentos por cada oferecimento de libelo, três mil e duzentos réis por cada sustentação no Júri, e dois mil quatrocentos réis por arazoados escritos.”

¹⁵³ Isso é comprovado nas Revistas do IOAB consultadas onde ora o promotor público é chamado de “empregado da justiça” (RIOAB, 1868, p. 256), ora de “procurador público” (RIOAB, 1881, p. 73). Em um artigo desta Revista analisa-se o Regulamento 57.37 de 2 de setembro de 1874. Esse regulamento declara quem poderiam ser os procuradores e classifica-os em procuradores particulares e públicos. A conclusão a que se chega é que apenas são procuradores particulares os advogados e os solicitadores. Logo, os promotores são procuradores públicos. (RIOAB, 1881, p. 71-73).

¹⁵⁴ COSER, Ivo. *Visconde do Uruguai. Centralização e federalização no Brasil 1823-1866*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008, p. 293.

Analisando a Lei 261 de 3 de dezembro de 1841, João Francisco Sauwen Filho, comenta que os promotores públicos estavam subordinados tanto ao Executivo quanto ao Judiciário: “O Ministério Público na versão da Lei 261 de 3 de dezembro de 1841 estava não só sob o controle direto do Poder Executivo, como seus Promotores Públicos manietado em face da nomeação e demissão *ad nutum* pelo Imperador, como ainda o *Parquet* quedava subordinado ao Poder Judiciário, pela circunstância de, em determinadas ocasiões, seus Promotores serem nomeados pelos próprios Juizes de Direito, nos precisos termos do referido Art. 22 da supra referida Lei 261/41. Acresce ainda que, nos termos da lei, os promotores públicos deveriam servir “pelo tempo que convier” o que virtualmente afastava qualquer possibilidade de independência no exercício de suas funções.

Por outro lado, a nomeação dos promotores públicos pelos Juizes de Direito era permitida diante de duas circunstancias: “Na falta ou impedimento” dos existentes. Mas a Lei não precisava o que caracterizava a configuração desses permissivos legais, o que, a toda evidência, abria caminho burlas e arbítrios.

A subordinação dos promotores públicos aos Juizes de Direito ressalta claro da disposição contida no Art. 23 daquela lei que determinava que aqueles deveriam acompanhar estes, dando a ideia de que, naquela época, os Promotores Públicos eram antes servidores dos Juizes e não órgãos de atuação independentes.

Por outro lado, a forma de remuneração por ordenado arbitrado, acrescido de ganhos complementares por tarefas, descaracterizava a natureza da função pública dos Promotores, reduzindo-os a simples prestadores de serviço próprios de auxiliares da Justiça, o que reduzia os Promotores a simples serventuários, tais como um meirinho, um oficial de Justiça ou um porteiro de auditório; portanto, despido de *munus* público próprio do ofício. (SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 121-122).

2.4.4 Tribunal do Comércio da Corte

O Tribunal do Comércio, considerado por alguns autores como o mais importante depois do Supremo Tribunal de Justiça, foi instituído em 1850 como um Tribunal Administrativo da Praça, Tribunal de primeira instância dos feitos mercantis e Tribunal de Administração das Falências. Transformado em tribunal de segunda instância em 1855, continuou a funcionar como Tribunal Administrativo da Praça, passando a julgar, também, os recursos das causas mercantis e a intermediar a comunicação entre os Tribunais do Comércio das províncias e a alta administração central, além de permanecer na administração das falências.¹⁵⁵

Edson Alvisi Neves explica que o tribunal como primeira instância, anunciado como sucessor da Real Junta de Comércio, Navegação, Agricultura e Indústria (1808), reflete uma determinada permanência no papel e estrutura da Real Junta, enquadrando-se nas características de um tribunal régio no tocante aos procedimentos e aos seus membros. Os seus membros eram deputados (seis titulares e três suplentes eleitos no seio da Associação Comercial pelos negociantes inscritos) e desembargadores designados para presidente, vice-presidente e fiscal – “composição que remete à Real Junta e à prática dos estados Modernos de mesclarem burocratas (teóricos) e nobres (práticos) nos órgãos estatais, combinando fundamento dogmático, eficiência empírica e prestígio pessoal na administração pública.”¹⁵⁶

Como tribunal de segunda instância, ocorreu uma divisão formal entre tribunal administrativo e tribunal judicial. A composição de seus membros foi alterada para seis deputados e três desembargadores, dentre os quais o presidente e o vice-presidente e o desembargador fiscal, embora este também passasse a funcionar como julgador. De acordo com Edson Alvisi Neves, nessa fase, o tribunal foi perdendo as características de um tribunal régio e cada vez mais absorvendo o ritmo imperante da burocracia.

O autor de projeto que elevou o tribunal do Comércio à categoria de órgão de segundo grau foi Nabuco de Araújo, que, na qualidade de Ministro da Justiça, nomeou grande parte de seus desembargadores. Fora do ministério teve forte atuação nesse tribunal como advogado. Joaquim Nabuco relata que Nabuco tinha “muita esperança nessa especialidade, acreditava que o tribunal assim composto seria mais prático e competente, que o comerciante

¹⁵⁵ NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na corte do império do Brasil: o Tribunal do Comércio*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008. O autor mostra que, no período de existência do Tribunal do Comércio (1850-1875), o índice de promoção dos seus magistrados ao Supremo Tribunal de Justiça é de 70%, contra 39% do Tribunal da Relação da Corte.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

teria menos motivo de queixar-se sendo julgado por seus pares e que estes não seriam menos independentes do que os juízes vitalícios”.¹⁵⁷

Desde a criação do Tribunal do Comércio da Corte, houve discussões quanto à presença de comerciantes nesse tribunal. Os argumentos favoráveis alegavam a especificidade e a necessidade de conhecimento dos costumes das praças para decisões rápidas, equânimes e rumo ao sentimento comum dos profissionais. O movimento contra a ocupação dessa posição pelos comerciantes foi originado nas opiniões de bacharéis. O jurista Manoel de Oliveira Fausto publicou na Revista do IOAB dois pareceres a respeito dos Tribunais de Comércio intitulados “Legitimidade dos Tribunais do Comércio como tribunais de segunda instância” e “Inconvenientes da jurisdição especial dos tribunais do comércio como tribunais de segunda instância”.¹⁵⁸

No primeiro parecer, Manoel de Oliveira Fausto mostra preocupação com o fato de os juízes comerciantes dependerem apenas do voto de homens cujo único requisito era a existência da matrícula no Tribunal, além dos fatos de estarem presentes também o desejo e o orgulho para o exercício de parte da autoridade social, o prestígio e a influência da posição. O questionamento maior se deu em torno da legitimidade do tribunal. O argumento de que os juízes comerciantes estavam previstos no art. 151 da Constituição de 1824, determinando que o poder Judiciário fosse composto por juízes e jurados, foi rechaçado no parecer sob a alegação de que aos jurados era atribuído o poder de pronunciarem-se apenas sob os fatos, reservada a deliberação sobre o direito aos juízes magistrados. Verifica-se, também, no parecer a ideia de que o comerciante não pode entender das regras legais acerca de todos os ramos do comércio e de que o magistrado letrado pode facilmente se informar e passar a entender dos costumes da mercancia.

O segundo parecer atacou a própria autonomia do Direito Comercial, afirmando que, por mais especial e peculiar, este não tem existência distinta do Direito Civil. Também se volta contra a origem costumeira do Direito Comercial, afirmando que a sua verdadeira fonte são as leis e seus comentários, deslocando a formação da seara do mercantilista para a técnica jurídica e seus conhecedores, os detentores da *expertise*.

Assim, Edson Alvisi Neves mostra que havia a disputa pelo controle do Tribunal do Comércio entre dois grupos sociais autônomos: o dos negociantes, possuidor de uma ideologia própria, defendendo o controle exclusivo do mercado e de uma justiça privativa, e o

¹⁵⁷ NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império*. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1975, p. 226. O Conselheiro Nabuco foi também um dos juristas redatores do Código Comercial.

¹⁵⁸ Respectivamente RIOAB, 1867, tomo IV, p 7-22 e RIOAB, 1867, tomo V, p. 223-253.

dos bacharéis, cuja ideologia é o exclusivo controle do aparelho estatal da justiça. Ambos buscavam unidade e uniformidade de atuação por meio de seus órgãos profissionais, respectivamente: a Sociedade dos Assinantes da Praça (depois Associação Comercial do Rio de Janeiro) e o Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A instalação do Tribunal do Comércio da Corte ocorreu contemplando em seus quadros os mais destacados homens de negócios da Corte e do país, representados em sua grande maioria por banqueiros, os detentores do capital e do crédito. Embora essa composição remonte aos tribunais régios, a eficiência do tribunal o destacou das antigas práticas. Mas não foi a eficiência o fator determinante para sua projeção em órgão de segunda instância. A elevação do tribunal deu-se por pleito dos negociantes que passaram a ter o *status* pertinente ao órgão, embora também tenha melhorado a eficiência nos julgamentos, que antes poderiam ter toda eficácia anulada por um recurso para o Tribunal da Relação. Contudo, para os desembargadores também representava mais três postos, em uma conjuntura que os bacharéis rondavam o Estado à busca de um cargo qualquer e que o posto de magistrado era uma benção por todos buscada.¹⁵⁹

Analisando os julgados do tribunal, aquele autor observa que o tribunal apresentou uma intensa atividade jurisdicional, mas não apresentou dados significativos para posicionamentos diferentes entre os magistrados e os negociantes. Também a atividade do Tribunal do Comércio como órgão recursal foi bastante eficaz. Os processos instaurados eram solucionados no mesmo ano, sendo que essa agilidade deve ser atribuída “ao procedimento informal e livre do ranço cerimonial religioso de herança romana”¹⁶⁰. O autor sustenta que a extinção do órgão em 1875 foi prematura e deveu-se à insatisfação da *koterie*¹⁶¹, que em determinado momento teve força e estratégia suficiente para realizar o feito em nome dos bacharéis, enquanto categoria profissional, revestindo-se de um discurso legitimador.

É curioso que tenha sido Nabuco de Araújo, redator de projetos de elevação ao segundo grau dos Tribunais do Comércio, quem elaborou projeto de extinção desses tribunais. Em 3 de agosto de 1871, Nabuco proferiu os seguintes termos: “Advertido pela experiência, não quero hoje os Tribunais de Comércio que institui em 1855, e não quero esses Tribunais por conformidade e coerência com o princípio que constitui o grande *desideratum* de nosso

¹⁵⁹ NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na corte do império do Brasil: o Tribunal do Comércio*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008, p. 334.

¹⁶⁰ *Ibidem.*, p. 334.

¹⁶¹ O autor explica o significado do termo na nota de rodapé nº 30: “O termo *koterie* é localizado em Marx (A luta de classe e 18 Brumário), no original alemão *eine koterie*, que tem o sentido de “reunião de pessoas íntimas”, significando uma comunidade de interesses derivados das condições de produção. Trata-se de uma comunidade que partilha das mesmas ideias e desfruta de um mesmo estilo de vida e determina o componente típico do destino do grupo, condicionando uma estimação social específica”. (*Ibidem*, p. 14).

povo, isto é, que a jurisdição definitiva no país só seja exercida por juizes vitalícios”.¹⁶² Cabe ressaltar que a sua mudança de posição ocorreu durante o período em que foi presidente do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁶³

2.5 O papel da formação jurídica e os magistrados letrados

O Direito teve um papel importante na formação do Estado brasileiro. A participação dos bacharéis na vida política nacional foi objeto de estudo de vários autores.

Jose Murilo de Carvalho informa que na libertação das colônias portuguesas da América houve a manutenção da unidade política e a ex-colônia portuguesa não chegou a ter uma única mudança irregular e violenta de governo e conservou sempre a supremacia do governo civil. De acordo com o autor, esse fato, que distingue a libertação das colônias espanhola e portuguesa da América, é reconhecido por todos os estudiosos, mas as explicações fornecidas são insatisfatórias. Sua tese é que a adoção de uma solução monárquica no Brasil, a manutenção da unidade da ex-colônia e a construção de um governo civil estável foram em boa parte conseqüência do tipo de elite política existente na época da Independência, gerado pela elite política colonial portuguesa. Essa elite se caracterizava, sobretudo, pela homogeneidade ideológica e de treinamento fornecida por via da educação – sobretudo jurídica -, da ocupação e da carreira política.¹⁶⁴

Raymundo Faoro sustenta que a partir do Estado patrimonialista português, formou-se a estrutura de dominação que veio a prevalecer também no Brasil. Ele aborda o fenômeno da participação dos bacharéis na política como expressão de uma burocracia que ele denomina estatalizada. O autor mostra que desde antes do “achamento” do Brasil, da colônia ao Império e deste à República, o estamento sempre encontrou formas de manter em suas mãos o controle da sociedade.¹⁶⁵

¹⁶² NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império*. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1975, p. 227.

¹⁶³ Nabuco foi presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros no período de 1866-1873.

¹⁶⁴ CARVALHO, Jose Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p 13-22.

¹⁶⁵ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001. O autor do livro busca, como afirma o subtítulo, uma visão coordenada e abrangente da formação do patronato político brasileiro. Apresenta duas revoluções no nosso pensamento sóciopolítico: i) aponta a fragilidade da tentativa de analisar a formação do Brasil com o uso de uma tabela de etapas rígidas e quase deterministas, em que o feudalismo teria posição obrigatória – o passado feudal luso e brasileiro foi um mito criado para adaptar a interpretação da história ao postulado marxista e ii) por outro lado, revela como, já a partir do desenvolvimento do Estado patrimonialista português, formou-se a estrutura de dominação que, transplantada

Até a Independência, a formação jurídica se concentrava na Universidade de Coimbra. Nos dizeres de Teotônio Simões, “a Universidade de Coimbra e seu curso de Direito não era apenas uma instituição de ensino da Metrópole em que iam estudar os coloniais, mas a Universidade e o curso de direito **do Império**” (destaque do original).¹⁶⁶

Só após a independência, em 1827, foram criados cursos de direito no Brasil, iniciados em 1828, um na cidade de São Paulo e outro em Olinda (transferido em 1854 para Recife).¹⁶⁷ De acordo com Aurélio Wander Bastos, a excepcional posição política de São Paulo e Pernambuco, no processo de independência, colaborou decisivamente para a instalação dos cursos nessas cidades.¹⁶⁸

Ao propor a criação dos cursos jurídicos, tinha-se em vista a formação de profissionais para preencherem os cargos existentes e necessários ao aparelho do Estado, quer os de magistratura, quer os administrativos, mesmo os de representação.¹⁶⁹ Isso influenciou as discussões legislativas em torno da criação dos cursos jurídicos. Segundo Gizlene Neder, os juristas que tomaram tal decisão refletiram sobre a importância da localização desses cursos como sendo também uma estratégia de “construção da nação”. Também os currículos, livros e compêndios adotados ou escritos pelos professores, sublinha a autora, tiveram que passar “pelo crivo da análise detalhada dos senhores deputados e senadores, todos eles juristas muito entendidos naquele tipo de assunto e muito ciosos do poder que a legislatura lhes conferia”.¹⁷⁰

do outro lado do Atlântico, veio prevalecer também no Brasil. Para o autor, o jogo do poder, em vez de resultar do confronto propriamente de classes, ou quicá de castas, era vencido em todas as épocas luso-brasileiras pelo “estamento”, a organização político-administrativa, corporação de poder, estruturada numa comunidade.

¹⁶⁶ SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política - a política dos bacharéis*. Tese de doutoramento (Ciências Sociais) São Paulo: USP, 1983, p. 100.

¹⁶⁷ Alguns autores analisaram as diferenças do ensino jurídico nos dois cursos. Delton Ricardo Soares Meirelles, por exemplo, analisou os manuais de Pimenta Bueno e Paula Baptista produzidos respectivamente pelas faculdades de direito de São Paulo e Olinda, entre a promulgação do Código de Processo Criminal do Império (1832) e a Consolidação das Leis processuais do Conselheiro Ribas (1876), buscando inferir em que medida tal literatura construída neste período se limitaria a narrar a práxis forense, ou se seria possível perceber uma ideologia construída para legitimar um determinado modelo de Estado. (MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. *Magistrados e processo: impressões da literatura jurídica nacional (1832-1876)*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – Distrito Federal nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008).

¹⁶⁸ Segundo o autor, “a resistência que houve na Bahia à independência é um dos indicadores das dificuldades que se criaram para que se instalassem ali os cursos jurídicos”. BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, p. 5.

¹⁶⁹ Nesse sentido, por exemplo, diz José Murilo de Carvalho: “A ideia dos legisladores brasileiros era a de formar não apenas juristas mas também advogados, deputados, senadores, diplomatas e os mais altos empregados do Estado”. CARVALHO, Jose Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p. 76.

¹⁷⁰ NEDER, Gizlene. Coimbra e os juristas brasileiros, in *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: ano 3, nos. 5-6, 1998, pp. 195-214. Neste artigo a autora procura aprofundar em alguns pontos os estudos sobre a extensão da influência da Universidade de Coimbra (e de sua reforma em fins do século XVIII) na formação jurídica brasileira. Segundo a autora, o filtro do pombalismo é que dava o tom das concepções mais gerais sobre o Direito, e, sobretudo, das estratégias de organização dos Cursos Jurídicos, tendo em vista a formação de quadros administrativos para a gestão do Império.

O exercício de cargos públicos era considerado um desdobramento do término do curso de direito, já que as nomeações para esses cargos eram tidas como previsíveis. De acordo com José Murilo de Carvalho, o diploma de bacharel em direito era “condição quase *sine qua non* para os que pretendessem chegar até os postos mais altos”.¹⁷¹ Esse autor descreve como ocorriam as participações em cargos políticos durante o império:

Uma carreira típica para o político cuja família não possuía influência bastante para levá-lo diretamente à Câmara começava pela magistratura. Como o sistema judicial era centralizado, todos os juizes eram nomeados pelo ministro da Justiça. Logo após a formatura, o candidato à carreira política tentava conseguir uma nomeação de promotor ou juiz municipal em localidade eleitoralmente promissora ou pelo menos um município rico. Na impossibilidade de conseguir boa localização, a solução era aguardar a oportunidade de ser transferido. A oportunidade vinha em geral graças ao auxílio de amigos ou correligionários políticos já bem colocados. As mudanças de ministérios, que eram constantes, constituíam ocasiões propícias para grandes remanejamentos de funcionários, inclusive magistrados, tanto para garantir resultados eleitorais favoráveis, nos casos em que as mudanças fossem também de partido, como para premiar amigos pessoais e políticos, e para cooptar aliados promissores. Às vezes, as transferências se davam mesmo em anos comuns. Em 1888, por exemplo, que não foi ano de mudança de partido, nem eleitoral, houve 418 atos governamentais nomeando, transferindo, aposentando magistrados. Essa movimentação atingiu 26,5% dos magistrados então em exercício.

Entre transferências e promoções várias coisas podiam acontecer. O candidato a político podia conseguir eleger-se para a Câmara, às vezes depois de prévia eleição para alguma assembleia provincial, e abandonar logo a carreira judiciária. Ou podia preferir, como muitos o faziam, se eleito, continuar como magistrado como garantia de futuras eleições ou simplesmente como fonte alternativa e segura de rendimento. Uma terceira possibilidade era a de que nunca se conseguisse eleger e tivesse que se contentar com a carreira de magistrado. (...) O ponto importante aqui é que desde o início o futuro político era levado a conhecer outras províncias além da sua. Para muitos, a primeira nomeação já significava a segunda província a conhecer, pois já tinham sido obrigados a sair de casa para estudar direito em Pernambuco ou São Paulo. Alguns certamente conseguiram ser nomeados para suas próprias províncias e, se abandonavam a carreira muito cedo, não tinham a oportunidade de servir em outra província nessa fase da carreira. (...)

Em momento posterior da carreira era dada ao político nova oportunidade de circular. Em geral após ser eleito para a Câmara, ou mesmo após exercer cargo ministerial, ele poderia ser nomeado presidente de uma das 19 províncias. Era um cargo importante, uma vez que dele dependia a vitória do governo nas eleições. Mas mesmo em períodos não eleitorais o presidente conservava atribuições relevantes uma vez que controlava nomeações estratégicas como a dos promotores, delegados e subdelegados de polícia e oficiais inferiores da Guarda Nacional. Indicava ainda os oficiais do recrutamento militar, reconhecia a validade de eleições municipais e encaminhava ao ministro do Império, com parecer pessoal anexo, os pedidos de concessão de títulos honoríficos, a começar pelos de nobreza.

(...)

Além da experiência administrativa e dos bons salários, o político tinha ainda, como residente a oportunidade, raramente desperdiçada, de acelerar a carreira, especialmente pela garantia de uma eleição para o Senado, precedida ou não de

¹⁷¹ CARVALHO, Jose Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p. 125.

eleição para a Câmara. Era um dos poucos mecanismos que lhe permitia conseguir uma senatoria por província que não a sua própria.¹⁷²

A circulação por diversos cargos e províncias, mencionada acima, era um meio de preparar os futuros integrantes da elite política e atestava uma concepção estratégica de controle do território e de seus administradores.¹⁷³

Por não ser proibida a atividade político-partidária dos juizes, era comum que ocupassem mais de um cargo simultaneamente. Segundo o Murilo de Carvalho, havia forte presença dos magistrados em cargos eletivos e de nomeação dos outros poderes. No período de 1822-1853, 41,7% dos ministros e 44,41% dos senadores eram magistrados, com uma participação semelhante no conselho de Estado no mesmo período.¹⁷⁴

Andrei Koerner observa que o exercício das atividades político-partidárias pelos juizes implicava a expectativa de lealdade destes no exercício de suas funções pelos chefes responsáveis por sua colocação. Por outro lado, os magistrados esperavam do governo a recompensa por sua fidelidade partidária, e, a cada mudança de gabinete, esperavam alcançar posições mais vantajosas.¹⁷⁵

Esse autor explica que, ao atribuir determinados poderes ao magistrado, cuja nomeação, promoção e remoção estavam em suas mãos, o governo central garantia o controle sobre a maneira que uma lei seria aplicada. Mas a aplicação da lei era condicionada à resistência encontrada no nível local. Considerando que era comum o controle dos cargos locais pelos membros de uma mesma família, uma decisão do magistrado contrária aos interesses locais dominantes poderia ser frustrada simplesmente porque não havia quem a executasse. Por outro lado, o magistrado não poderia desobedecer à lei em razão do controle funcional detido pelo governo central. Então, segundo Andrei Koerner, o papel dos magistrados na relação entre o poder imperial e os poderes locais era de “arbitrar os conflitos locais a fim de manter a estabilidade política e social do império”¹⁷⁶ já que ocorriam tensões

¹⁷² Segundo esse autor, o Conselho de Estado era a coroação da carreira e raramente chegava-se lá sem prévia e longa experiência em variados cargos políticos. *Ibidem*, p. 121-123.

¹⁷³ NEDER, Gizlene. Coimbra e os juristas brasileiros, in *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: ano 3, nos. 5-6, 1998, p. 8-9. A autora fornece exemplos do deslocamento intenso de juristas por diferentes regiões do país, como a trajetória de Albino José Barbosa de Oliveira, nascido em Coimbra em 1809 e formado por lá em 1831: em 1831 foi juiz de fora na vila de São João D’El Rei, em 1832 foi removido para a Vila da Cachoeira, na Bahia; em 1842 era desembargador na Relação do Maranhão. No mesmo ano foi nomeado chefe de polícia da Província do Pará. Foi Ministro do Supremo Tribunal de Justiça (1864), sendo nomeado seu presidente em 1880.

¹⁷⁴ CARVALHO, Jose Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p. 79-81.

¹⁷⁵ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998, p. 47.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

entre a lealdade partidária dos magistrados e seus deveres funcionais enquanto juízes e representantes do poder central. Quando seu partido estava no governo, a atuação do magistrado era mais fácil, visto que as expectativas de sua conduta, como representante do poder imperial e como membro do partido, tendiam a se recobrir. Quando o partido contrário estava no governo, o magistrado ficava numa posição partidária conflituosa com sua condição de representante do poder imperial. Porém, em nenhuma das situações, o magistrado poderia conduzir-se para potencializar os conflitos locais, exacerbando as lutas e confrontos políticos, já que, “nesse caso, os chefes locais reclamariam às autoridades superiores, as quais determinariam, pelo menos, a remoção do magistrado para outra comarca”.¹⁷⁷

2.6 O surgimento do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros

O processo de profissionalização dos bacharéis-advogados no Brasil durante o período imperial foi objeto de estudo de Maria da Glória Bonelli¹⁷⁸. A autora centrou-se na investigação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (IOAB), fundado em 1843, e na trajetória que a organização percorreu até 1930, ano em que foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).¹⁷⁹ A autora entende que a construção da profissão se deu simultaneamente com a construção do Estado, após a independência, como uma via de mão dupla.

Maria da Glória Bonelli explica que um pequeno grupo da elite dos bacharéis fundou o IOAB, revelando a circulação internacional de ideias no universo das profissões, com a tendência à difusão da ideologia do profissionalismo, mesmo que adaptada aos limites e aos incentivos locais.

A constituição do Estado brasileiro simultaneamente à constituição das profissões modernas colocou na pauta dessa elite a importância de se organizar para influenciar o processo político em curso, além da preocupação com o controle do mercado de trabalho e com a contenção da participação de outros segmentos sociais nesta carreira.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 76.

¹⁷⁸ BONELLI, Maria da Glória. *O instituto da ordem dos advogados brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 14 nº 39 fevereiro/99.

¹⁷⁹ O IOAB foi criado por Aviso de 7 de agosto de 1843 com a finalidade de “organizar a Ordem dos Advogados em proveito geral da ciência e da jurisprudência” (art 2º).

De acordo com a autora, o ponto de partida foi a criação dos cursos superiores e a fundação do IOAB, centrada no ideal de serviço e na proposta de auxiliar o Estado nas questões técnico-jurídicas.

As estratégias implementadas a partir da criação do IOAB indicam que as diretorias tinham como meta estreitar os laços e a influência da associação junto ao poder. A forma de fazê-lo oscilava. Ora eles forneciam seus quadros para cargos relevantes na gestão do Estado, ora elegiam para sua presidência membros já influentes ou encarregados dos ministérios.¹⁸⁰

Os dados confirmam essa estratégia: dos 21 presidentes do IOAB, desde a sua fundação, em 1843, até seu desdobramento, em 1930, 66,7% foram deputados gerais ou federais; 28,6% senadores; 23,8% presidentes de províncias. A maioria ocupou a presidência depois ou ao mesmo tempo em que ocupava cargos políticos.¹⁸¹

Embora no início do império a formação jurídica fosse garantia de um cargo político, a situação se modificou no começo da década de 1870. Assim, José Murilo de Carvalho informa que nesse período começou a haver excesso de bacharéis em relação ao número de empregos abertos na magistratura:

Certamente, o desenvolvimento do país foi abrindo oportunidade de emprego no campo da advocacia. A própria elite política era composta predominantemente de advogados, enquanto no início dominavam os magistrados. Mas o mercado para advogados tendia a concentrar-se nas cidades e em breve haveria também excesso desses profissionais. Segundo o Censo de 1872, havia no país 968 juizes e 1.647 advogados, num total de 2.642 pessoas. Ora, só a escola de Recife formara, entre 1835 e 1872, 2.290 bacharéis, quase cobrindo sozinha o número acima, o que significa que muitos bacharéis não encontravam colocação nas duas ocupações. O problema do excesso de bacharéis gerou o fenômeno, repetidas vezes mencionado na época, da busca desesperada do emprego público por esses letrados sem ocupação, o que iria reforçar também o caráter clientelístico da burocracia imperial.¹⁸²

O desequilíbrio entre oferta e demanda de graduados também é apontado por Tânia Maria Bessone da Cruz Ferreira, que realizou um estudo da prosopografia de dois grupos de advogados: um de 1860 e outro de 1880. Comparando os dois grupos, a autora percebe que a principal tendência dos advogados nos dois grupos é a concentração em cargos políticos burocráticos vinculados aos quadros da Monarquia. Embora os dois grupos se preparassem o

¹⁸⁰ BONELLI, Maria da Gloria. *O instituto da ordem dos advogados brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 14 nº 39 fevereiro/99, p. 65.

¹⁸¹ SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política - a política dos bacharéis*. Tese de doutoramento (Ciências Sociais) São Paulo: USP, 1983, p. 522.

¹⁸² CARVALHO, Jose Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007, p. 86-87.

bacharel em direito para atuar dentro dos quadros do governo e da burocracia imperial, havia uma defasagem entre a satisfação desses objetivos: o grupo de 1860 teve possibilidades de realizar esses objetivos com mais largueza, o grupo de 1880 não teve seu desempenho facilitado dentro da máquina do Estado.¹⁸³

Analisando os discursos registrados nas Revistas do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (RIOAB)¹⁸⁴, verificamos que a comparação da atividade dos advogados com a dos magistrados era um recurso usado pelos bacharéis-advogados para fundamentar sua indispensabilidade do Estado e da justiça.

Era comum quando se falava da advocacia, a invocação da seguinte frase D'Aguessau: “A advocacia é tão antiga como a magistratura, tão nobre como a virtude, tão necessária como a justiça!” Assim, no discurso proferido 16 de julho de 1857, registrado na RIOAB, o terceiro presidente do instituto, Dr. Caetano Alberto Soares¹⁸⁵, ao abordar a necessidade de criação de uma Ordem dos Advogados, enfatizou que a organização da corporação influenciaria a magistratura, “irmã germana” da advocacia:

§ 17º Mas é desnecessário enumerar todos os objetos, em que esta corporação pode prestar auxílio ao Governo Imperial, e ser útil ao País, sendo animada do verdadeiro espírito de progresso, como creio que estamos todos: todavia não deixarei de lembrar que, **sendo a Advocacia a irmã germana da Magistratura, tão antiga como esta, e desde o seu princípio servindo a par uma da outra no mesmo templo da Justiça; não pode o aperfeiçoamento e progresso de uma deixar de trazer consigo o progresso e aperfeiçoamento da outra.** Se os Advogados forem ilustrados, exatos cumpridores dos seus deveres, não de necessariamente concorrer com o poderoso exemplo para que igualmente o sejam os Juizes e Magistrados **tirados do seu seio.** E quem duvidará que se formar em corporação, adquirir o amor da profissão, o desejo de a fazer respeitada e respeitável, é o meio mais eficaz da perfeição de qualquer classe da sociedade? **(destacamos).**¹⁸⁶

Em várias ocasiões, foi destacado nessas revistas que a advocacia é um múnus público. O Conselheiro J. M. de Alencar explicou, em publicação na RIOAB¹⁸⁷, que “múnus é a função pública comum nos cidadãos de um país, ou nos membros de uma classe para beneficio geral”.

¹⁸³ FERREIRA, Tânia Maria Bessone da Cruz. Magistrados e Bacharéis: as novas necessidades de ascensão social. in: *Historia da Ordem dos Advogados do Brasil. Volume 1 O IAB e os advogados no Império.* Herman Assis Baeta (coord.) Brasília: OAB, 2003.

¹⁸⁴ Estas publicações foram encontradas no acervo da Biblioteca do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro. A primeira publicação data de 1862.

¹⁸⁵ Caetano Soares foi presidente do IAB no período entre 1852-1857.

¹⁸⁶ RIOAB, 1865, p. 41.

¹⁸⁷ RIOAB, 1867, p. 81.

Em sessão de 12 de maio de 1876, registrada na RIOAB¹⁸⁸, Olimpio Guiffenig de Niemeyer afirmou que o advogado é uma espécie de funcionário público e que faz parte do corpo judicial.

Parece-nos que os discursos registrados nas revistas tinham o objetivo de equiparar as profissões do advogado e do magistrado, e mais, de equipará-los aos funcionários públicos, a fim de recuperar um espaço que vinha sendo perdido pelos bacharéis em direito para atuar dentro dos quadros do governo e da burocracia imperial, em razão do excesso de bacharéis em relação ao número de empregos abertos na magistratura.

Aliás, segundo os dados levantados por Teotônio Simões, a presença dos bacharéis na vida política brasileira foi considerável não só no Judiciário, mas, também, no legislativo e no executivo durante todo o Império.

De acordo com o autor, na Assembleia Constituinte de 1823, tomaram assento 26 bacharéis em direito e cânones, 22 desembargadores, 19 clérigos e 7 militares, ou, nos termos do autor, “48 profissionais da Lei. Nada menos do que 65% da nossa primeira Assembleia Constituinte”.¹⁸⁹

Na tabela abaixo, o autor retrata a presença dos bacharéis formados em Olinda/Recife e pela Academia paulista do Largo de São Francisco na Assembleia Geral de 1826-1889, ressaltando que para obtenção do número real de todos os profissionais da lei teríamos que adicionar os formados na Europa e alguns velhos formados por Coimbra que ainda em 1869 lá se encontravam.

| Período | Porcentagem de bacharéis |
|-----------|--------------------------|
| 1826-1889 | 47,2% |
| 1843-1889 | 55,6% |
| 1851-1889 | 59,7% |
| 1861-1889 | 62,8% |

FONTE: SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política - a política dos bacharéis*. Tese de doutoramento (Ciências Sociais) São Paulo: USP, 1983, p. 320.

No Senado do império (1826-1889) havia 57,7% bacharéis¹⁹⁰

Dos 72 conselheiros do segundo Conselho de Estado (1842-1889) 72,2% eram profissionais da lei.¹⁹¹

¹⁸⁸ RIOAB, 1881.

¹⁸⁹ SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política - a política dos bacharéis*. Tese de doutoramento (Ciências Sociais) São Paulo: USP, 1983, p. 138-139.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 374-375.

¹⁹¹ *Ibidem*, p.415.

A maioria dos ministros dos Ministérios Imperiais foi constituída, também, por deputados, senadores e por Conselheiros de Estado.¹⁹² No período de 1826-1889 foram ministros: 73,9% deputados bacharéis, 70,8% senadores bacharéis, 74,2% conselheiros bacharéis.¹⁹³

2.7 Considerações finais do capítulo

Na época da Independência, a legislação imperial manteve a distinção entre juiz letrado e leigo feita pela legislação colonial: “aquele deve ser formado em algum dos cursos jurídicos; este é o que não tem essa qualidade”.¹⁹⁴ O art. 163 da Constituição de 1824 previa que Supremo Tribunal de Justiça seria composto de “juizes letrados”, o que Teotônio Simões interpreta como “bacharéis formados em Coimbra” destacando que no Poder Judiciário, na época da Independência, houve “um prolongamento evidente do aparelho de Estado português”.¹⁹⁵

Na construção do império, a formação jurídica dos funcionários públicos era um dos pontos de divergência entre centralizadores e federalistas. Para aqueles, o que importava era a imparcialidade do funcionário que adviria: de quem o nomeasse – o poder central; da superioridade do seu treinamento – bacharel com prática; e vínculo com o Estado – salário e deslocamento pelo território nacional. Já treinamento específico e assalariamento não tinham relevância para os federalistas, para quem o pertencimento à localidade e a eleição eram elementos fundamentais ao bom funcionamento da máquina política.

Muitas discussões envolveram os cidadãos eleitos na localidade, sobretudo o promotor, o juiz de paz e o júri popular, que originaram várias reformas legislativas. Os conservadores viam nessas figuras uma ameaça ao controle social, à incapacidade de aplicarem corretamente as leis, as causas da má administração da justiça.

No entanto, por ocasião da Reforma de 3 de dezembro de 1841, verificou-se que um dos argumentos que justificou a Lei foi que a atribuição de funções judiciais a magistrados profissionais era considerada uma necessidade tanto pelos liberais moderados, como pelos conservadores, em vista das críticas à ignorância, à corrupção e à parcialidade dos juízes

¹⁹² *Ibidem*, p. 439.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 442.

¹⁹⁴ CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Praxe forense ou diretório pratico do processo civil brasileiro conforme a legislação do império*. Tomo Primeiro. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850, p 38.

¹⁹⁵ SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política - a política dos bacharéis*. Tese de doutoramento (Ciências Sociais) São Paulo: USP, p. 484.

leigos. Mas constatamos que parte dessas críticas poderia ser estendida aos juízes profissionais, já que era comum o exercício das atividades político-partidárias por esses juízes. O que implicava, por um lado, a expectativa de lealdade destes no exercício de suas funções pelos chefes responsáveis por sua colocação e, por outro lado, que os magistrados esperassem do governo a recompensa por sua fidelidade partidária e a cada mudança de gabinete almejavam alcançar posições mais vantajosas.

Percebe-se que os liberais da década de 1860 diferenciam-se dos seus antecessores das décadas de 1830 e início dos anos 1840, pois enquanto estes eram fortemente dominados pelos proprietários rurais, cujas demandas tinham como eixo a descentralização política, tendo como figuras principais o juiz de paz e o tribunal do júri, aqueles eram oriundos também dos novos grupos sociais urbanos. Suas propostas, embora não constituíssem um programa homogêneo de reformas, viam na constituição de uma magistratura independente uma forma de ampliar as garantias às liberdades individuais.

Cabe aqui a interpretação de Sérgio Buarque de Holanda, que ressalta que a estrutura da nossa sociedade colonial teve suas bases no meio agrário, fora do espaço urbano, o que permitiu aos filhos de fazendeiros escravocratas – educados que eram para as profissões liberais – monopolizar a política, seja através da própria elegibilidade seja fazendo eleger seus candidatos, e dominar as posições de mando da sociedade, ocupando, desta feita, os parlamentos, os ministérios e, mais tarde, a magistratura. Esse incontestado e estável domínio, segundo o autor, propiciou a que muitos dos representantes da classe dos antigos senhores pudessem se dar ao luxo de inclinações antitradicionalistas, empreendendo, inclusive, alguns movimentos liberais; devendo-lhes, portanto, o êxito de progressos materiais tendentes a arruinar a situação tradicional, a exemplo do que acontecera com o trabalho escravo.¹⁹⁶

Holanda questiona sobre os tipos de mudanças podem efetivamente esperar em um país que mantinha os “fundamentos tradicionais da situação que se pretendia ultrapassar”¹⁹⁷, de forma a constatar que, enquanto intactos, os padrões econômicos e sociais herdados da era colonial, as transformações mais ousadas teriam de ser superficiais e artificiosas. Ele alerta que mesmos os liberais, tendo em vista a classe a que pertenciam, transitavam facilmente para uma posição conversadora, quando lhes convinha, o que demonstra pouca substância em posturas e argumentos capazes de fato de exercer uma pressão mais assertiva no sistema de política em vigor.

¹⁹⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 78.

Sérgio B. de Holanda percebe que, mesmo durante o Império, os vínculos familiares muito estreitos e, não raro, opressivos, impunham limitações à vida ulterior dos indivíduos, com certos padrões de condutas estabelecidos desde cedo em âmbito doméstico, de forma que os estabelecimentos de ensino superior – sobretudo as faculdades de direito de Olinda e São Paulo – eram receptoras de adolescentes arrancados de seus meios provinciais e rurais para – sem qualquer maturidade e experiência – “viverem por si”, e serem homens públicos¹⁹⁸. De forma que não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados nesse contexto, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios público e privado; eles, então, se caracterizavam “pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata conforme a definição de Max Weber”:

Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias políticas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal (...), e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.¹⁹⁹

Desta feita, podemos dizer que houve no Brasil o predomínio de vontades particulares que encontraram em círculos fechados o ambiente próprio para fomentar imparcialidades; sendo, pois, freqüente entre os “brasileiros que se presumem intelectuais, a facilidade com que se alimentam, ao mesmo tempo, de doutrinas dos mais variados matizes e com que sustentam, simultaneamente, as convicções mais díspares”.²⁰⁰ Como o objetivo era alcançar aos saltos – e não no curso da carreira – altos postos e cargos rendosos, era comum a ocupação de cinco ou seis cargos sem, de fato, exercê-los. O que justifica o fato de magistrados não togados exercerem sem remuneração sua função – que não era a única –, servindo muito mais a magistratura como título e posição de influência.

De todo modo, tendia-se a ostentar a personalidade individual como valor próprio, superior às contingências, vício decorrente do bacharelismo. Explica Holanda: “A dignidade e importância que confere o título de doutor, permitem ao indivíduo atravessar a existência com discreta compostura e (...) podem libertá-lo da necessidade de uma caça incessante aos bens materiais, que subjuga e humilha a personalidade”. E destaca que o anel de grau e a carta de

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 144.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 146.

²⁰⁰ *Ibidem*, p.155.

bacharel equivaliam a “autênticos brasões de nobreza” e representavam virtudes de maior grau de importância.²⁰¹

Nesse contexto de valorização do bacharelismo, os esforços no sentido da profissionalização da advocacia, sobretudo com a criação do IOAB, e suas estratégias de influência junto ao poder, foram galgando resultados.²⁰² Os discursos em prol das reformas liberais de 1860 apresentadas acima por Nabuco - da antiguidade combinada com o noviciado - era decorrência das pressões exercidas pelos bacharéis por melhores oportunidades de ingresso e de ascensão na magistratura, num momento em que os cargos públicos não conseguiam mais absorver o número de bacharéis que se formavam. Ressalta-se sua mudança de posição em relação ao Tribunal do Comércio da Corte, e como presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros defendeu a criação de uma Ordem dos Advogados e, ainda, que advogados notáveis pudessem ser nomeados juízes.

Não havia, no entanto, previsão de participação dos advogados como desembargadores, sendo que os membros das Relações eram escolhidos de uma lista de quinze juízes de direito mais antigos. Também no Supremo Tribunal de Justiça, seus membros eram nomeados dentre os desembargadores por antiguidade.

Já o Procurador da Coroa era o órgão do Ministério Público perante a Relação, mas nos feitos em que não tivessem de intervir como órgãos do ministério público, os Procuradores da Coroa das Relações das províncias julgavam como os outros Desembargadores.

Quanto aos promotores, inicialmente eleitos nas localidades, com a Reforma do Código de Processo em 1841, passaram a ser funcionários do Estado: eram nomeados pelo

²⁰¹ *Ibidem*, p. 157.

²⁰² Em 1876, o Conselheiro Nabuco, em comissão do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com os sócios Conselheiros Francisco Octaviano, Saldanha Marinho Silva Costa e Perdigão Malheiros, indicava o concurso como uma providência a tomar no sentido de assegurar a escolha dos candidatos mais idôneos para a magistratura. Em 1877 o Conselheiro Magalhães Castro, magistrado, publicou um projeto de organização judiciária e nele admitiu que os cargos de juízes de Direito seriam preenchidos por listas de três nomes apresentadas ao governo pelo Supremo Tribunal de Justiça, observada a capacidade e merecimento dos candidatos, mediante um exame, que consiste na resposta escrita a questões sobre direito civil, comercial e criminal, e quaisquer outras formuladas verbalmente. Em 13 de outubro de 1880, a Câmara dos deputados aprovou em 1ª discussão o projeto de reforma parcial da magistratura apresentado em 21 de Agosto por diferentes magistrados, exigindo o concurso para as primeiras nomeações da magistratura vitalícia. Em 1882, o Ministro da Justiça, Conselheiro Mafra, em seu relatório apresentado ao corpo legislativo, reclamava uma série de providências que garantissem a idoneidade e justiça das primeiras nomeações dos magistrados e, aparecendo no Senado para assistir à discussão do orçamento do seu Ministério, sustentou a necessidade do concurso, procedendo de igual modo quando foi deputado e tomou parte na discussão do projeto de organização judiciária apresentado à câmara pelo ministro da justiça Conselheiro Paraíso em Junho de 1883. Em 25 de Fevereiro de 1883 o Conselheiro Olegário, magistrado, e o Dr. Leandro Ratisbona apresentaram ao Ministro da Justiça Conselheiro Moura, o projeto que haviam organizado, por incumbência deste, e no qual uma das partes mais salientes era a necessidade indeclinável do concurso (RIOAB, 1893, p. 206-214).

poder central (Imperador ou presidentes de províncias) poderiam ser demitidos *ad nutum*, deveriam ser, necessariamente, bacharéis formados e seus ordenados seriam arbitrados pelo poder central, além de receber emolumentos por desempenho. Com essa Reforma, passaram a poder ser deslocados para o cargo de juiz de direito, cargo mais importante e com vencimentos maiores, ficando, a partir desse ingresso na magistratura, sujeitos a serem deslocados pelo território nacional.

3.1 O JUDICIÁRIO NA REPÚBLICA VELHA (1889-1930)

3.1 Contexto político da República Velha

Fernando Henrique Cardoso informa que nos últimos três decênios que antecederam a República, ocorreram modificações importantes nas bases da economia brasileira provocadas pela expansão da lavoura cafeeira na região do Centro-Sul e, mais especificamente, no Noroeste de São Paulo e pela intensa atividade mercantil/financeira no período de 1870/1880, que permitiu um surto de prosperidade urbano-industrial. Como consequência, houve o crescimento das cidades e das migrações.²⁰³

Segundo aquele autor, no plano político, as crises que antecederam a República ligaram-se, em parte, às transformações que vinham ocorrendo na correlação das forças sociais do país. A emergência do Partido Republicano em São Paulo e a força do movimento abolicionista – ao qual aderiram não poucos fazendeiros republicanos beneficiários da migração estrangeira – são exemplos disso.²⁰⁴

Nesse contexto de transição do império para a república, destacaram-se os militares, que formaram uma reserva crítica à ordem social e política do império.

A tradição “acadêmica” de parte do oficialato dotara-os de senso político crítico e transformara-os na única parte da sociedade que, sendo letrada, não se solidarizava com os “bacharéis”. Já em 1855 os estudantes militares que editaram o jornal *O Militar* acusavam os “srs. Legistas”, os homens das leis, de desídia frente aos problemas da corporação militar e frente os grandes problemas nacionais. Acusavam frontalmente os “legistas” de responsáveis pela ordem econômica, política e social injusta.²⁰⁵

Coube a eles a proclamação do 15 de novembro na Praça da Aclamação. De acordo com Fernando Henrique Cardoso, os militares não surgiram para a grande cena nacional em 1889 contra a nova força social emergente na sociedade civil – a burguesia agrária do café e os representantes do capital financeiro-industrial – “mas sim contra a ordem política que impedira as reformas necessárias, ou as fizera com morosidade e sem apostar muito nelas,

²⁰³ CARDOSO, Fernando Henrique. Dos governadores militares a Prudente – Campos Sales. in *História Geral da Civilização Brasileira Tomo III O Brasil Republicano 1º volume Estrutura de poder e economia*. 2ª edição. São Paulo: Difel, 1977.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 29.

como ocorreu com a Lei Saraiva de 1881 que fazia a reforma eleitoral e contra os homens que a simbolizavam, os políticos do império”.²⁰⁶

Explica Raymundo Faoro que a instalação da Assembleia Constituinte, no dia 15 de novembro de 1890, se deu sob a indiferença do povo:

Na verdade, os representantes do povo — os futuros deputados e senadores — deveriam ser os agentes dóceis da ditadura, escolhidos por regime eleitoral compressivo, em listas organizadas ou aprovadas no Rio de Janeiro, compostas, em algumas unidades federativas, com nomes de que ninguém, nas províncias, jamais ouvira falar. Assim, seria de prever que a carta constitucional não passaria de homologação de um acordo prévio, aprovadas as bases do sistema instalado no poder.²⁰⁷

O autor mostra que já durante a Constituinte de 1890 e após a promulgação da Constituição de 1891, iniciou-se uma série de conflitos no campo político que levariam à consolidação do “federalismo pragmático”, baseado na força política e militar de alguns estados. Com base nesse autor, abrem-se aqui parênteses a fim de explicar tais conflitos.

Deodoro da Fonseca era então o chefe do governo provisório, responsável por conduzir o país nos primeiros anos de República. Apresentava como uma de suas características, que não agradava aos estados, a busca da centralização do poder. Logo em suas primeiras ações, deixou claro que não se comportaria como um mero agente da maioria. Seu ministério foi formado com apenas um republicano histórico e sem a presença paulista. Cabe ressaltar que São Paulo possuía, na época, grande força política, econômica e militar. Os paulistas, por seu lado, apresentavam a seguinte postura: tolerariam Deodoro enquanto este

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 30.

Victor Nunes Leal observa que desde o império o judiciário foi encarregado, pelo menos em parte, das operações eleitorais. Pela Lei do Terço (Decreto 2675 de 1875) o juiz municipal presidia a junta de qualificação dos eleitores para as eleições de vereadores e juízes de paz cabendo ao juiz de direito decidir as reclamações sobre nulidade do pleito municipal, com recurso para a Relação. Com a Lei Saraiva (Lei 3029 de 1881) o alistamento era preparado em cada termo pelo juiz municipal e organizado definitivamente por comarcas por juízes de direito da cabeça do distrito. Assim, no império, os juízes municipais e os juízes de direito eram personalidades muito relacionadas com as correntes políticas, quando eles próprios não se dedicavam a essa atividade.

Também na República Velha a relação entre Judiciário e política permaneceu. Com o Decreto 200-A de 1890 participava do alistamento o juiz municipal com recurso, em caso de exclusão de eleitor, para o juiz de direito da comarca. No alistamento eleitoral para as eleições federais – realizado em dois graus por comissões de origens políticas – a Lei 35 de 1892 dava recurso para uma junta eleitoral composta, em cada seção, do juiz federal, do seu substituto e do procurador seccional. Pela reforma Rosa e Silva (Lei 1269 de 1904) o juiz federal substituto ou algum de seus suplentes, presidia, com voto de qualidade, à junta de presidentes das câmaras municipais do distrito eleitoral, que ficara incumbido da apuração final das atas. A Lei Bueno de Paiva (3129 de 1916) o alistamento ficou novamente a cargo da magistratura bem como na lei 3208 de 1916 pela qual as mesas receptoras de votos eram organizadas pelos juízes de direito que as presidiam na sede das comarcas. Com o Código de 1932 esse processo passou a ser fiscalizado pelo ramo especializado do poder judiciário. (LEAL, Victor Nunes. *O Poder Judiciário in Brasil 1900-1910*. V 1. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, 1980).

²⁰⁷ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 658.

não decidisse formar uma República unitária. Caso isto ocorresse, seriam capazes de ir até a separação.

Posteriormente, com a proximidade das eleições, os “antideodoristas” se aliaram, inclusive com a presença de São Paulo, no apoio a Prudente de Moraes (paulista) para a presidência e Floriano Peixoto para vice. Deodoro venceu com “a força dos quartéis”, mas a vice-presidência ficou com Floriano. Este quadro persistiu até a revolta da Armada, quando Floriano assumiu o poder. Neste momento, surgiu a seguinte situação:

Compreendem os chefes bandeirantes (...) que o momento sugere a consolidação das bases e não a tomada do poder. Era uma simples situação de fato. Sem o Marechal Floriano Peixoto, o P.R.P. estaria morto. O marechal, do seu lado, compreendia muito bem que, sem o Partido Republicano Paulista, não haveria base política sobre a qual assentar o seu governo militar.²⁰⁸

A Guerra Civil no Sul do país levou Floriano a buscar o apoio de São Paulo. O estado, economicamente próspero, estava em condições superiores à própria União para se armar, unido na defesa de seu café, base da riqueza nacional. Raymundo Faoro denomina este momento de “encruzilhada do federalismo hegemônico”:

Sairia da encruzilhada o federalismo hegemônico, estruturado sobre o café, café puro se possível, café com leite se necessário, mal aceito pela área do sul, já sonhando com a categoria de terceiro Estado, mas ainda incapaz de reagir, ameaçado pelas dissensões armadas e a divisão da sociedade. Arredado do acesso ao bolo republicano, tentara, mantendo os vínculos ao Exército e ao estímulo ao chamado povo, perturbar a festa hegemônica, tal como prometia ainda nos dias da Assembleia Constituinte, com a devoção a Deodoro, depois transferida a Floriano Peixoto.²⁰⁹

Em 15 de novembro de 1894, o paulista Prudente de Moraes assumiu a presidência e se deparou com questões relevantes: a) A Revolta de Canudos e a forte derrota imposta, em um primeiro momento, ao Exército brasileiro. Pelas primeiras notícias que chegaram ao Rio de Janeiro, parecia tratar-se de um revide monarquista; b) Os jornais monarquistas foram depredados em um clima de anarquia social; c) Rui Barbosa se viu obrigado a fugir, acusado de monarquista; d) A Escola Militar se revoltou.

Prudente de Moraes reprimiu com força as revoltas, mas buscou apoio diretamente nos governadores de São Paulo, de Minas Gerais, de Pernambuco e da Bahia. Assim, nos dizeres de Raymundo Faoro, “nesse apelo direto estava quebrado o sistema partidário de

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 660.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 662.

intermediação: o presidente só reconhece os chefes estaduais”.²¹⁰ O autor, assim, define a importância deste momento histórico para a consolidação do federalismo:

O sistema federal, tecido por São Paulo desde a propaganda republicana, recolhe os frutos da vitória.

O desfecho da batalha será ajudado, no curso de muitos anos, desde 1889 a 1897, pelo desprestígio do Exército. Canudos lançará, sob o fogo do entusiasmo jacobino de suas primeiras promoções, a desconfiança na sua eficiência, debandado e sangrado por um punhado de sertanejos brancos. (...) Um sagaz e contundente ensaísta veria bem a extensão do desastre (...): “Operada a cisão nas classes armadas (Marinha e Exército), enfraquecidas ambas, operou-se a grande transformação política do Brasil, a maior revolução verificada entre nós — a passagem do poder das mãos da federação, das mãos do Brasil, para as mãos dos Estados. Não teria sido tão rápida a passagem se não tivesse havido a guerra de Canudos em que foi sacrificado o Exército nacional. No desprestígio que daquela guerra resultou para o Exército, o poder havia de ficar nas mãos de quem tivesse mais força: São Paulo (Prudente, Campos Sales, Rodrigues Alves)”.²¹¹

Por sua vez, a República encontrou neste federalismo pragmático sua base de sustentação. Os governadores não estavam dispostos a aceitar agressões à legalidade republicana. Iniciou-se, então, a “política dos governadores”, ou seja, o Governo Central apoiava sem restrições os estados, notadamente os mais fortes. Em contrapartida, utilizava-se de seus coronéis para formar sua bancada de sustentação na Assembleia Legislativa. Nessa época, cada estado passou a ter seu dono, pessoal ou da família, de um chefe ou de um grupo fechado: Minas Gerais será o domínio da Tarasca; São Paulo do Partido Republicano Paulista; o Rio Grande do Sul não saíria, durante vinte e cinco anos, das mãos férreas de Borges de Medeiros...²¹² Fecham-se os parênteses.

Como é possível perceber, a grande querela política limitar-se-ia às alianças e diferenças entre governo federal e governos estaduais ou suas oposições. A “política dos governadores” proposta por Campos Salles consistia basicamente no seguinte:²¹³

- 1) independência entre os Poderes, mas preeminência presidencial; sequer aceitavam os Conselhos de Ministros como norma administrativa.
- 2) o Legislativo não governava nem administrava. O Congresso deveria ter uma maioria esclarecida e sob certos assuntos dirigida.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 667.

²¹¹ *Ibidem*, p. 668.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ CARDOSO, Fernando Henrique. Dos governadores militares a Prudente – Campos Sales. in *História Geral da Civilização Brasileira Tomo III O Brasil Republicano 1º volume Estrutura de poder e economia*. 2ª edição. São Paulo: Difel, 1977.

- 3) Deveria ser buscada uma fórmula que solidarizasse as maiorias com os Executivos. Na prática, o Presidente propôs que se reconhecesse automaticamente a legitimidade das maiorias estaduais.
- 4) Com a promessa de que o Governo Federal não apoiaria dissidências locais, as situações se obrigariam a apoiar a política do Presidente.
- 5) O mecanismo prático para isto foi a alteração na maneira pela qual se fazia o reconhecimento da lisura das atas eleitorais.

Assim, explica Fernando Henrique Cardoso, sem criar um partido único, esse pacto deixou que a multiplicidade das oligarquias locais consolidasse o poder em seu âmbito e chamou à Presidência a condução das grandes questões, para as quais contava com apoio incondicional do localismo. Com isso, continua o autor, floresceu o coronelismo na Primeira República, isto é, o compromisso entre o poder estatal que necessitava de votos e o poder econômico privado dos donos da terra. A eleição a nível municipal e estadual, com inexistência de partidos reais, levou a transação entre o Estado (que fornecia a polícia e os juízes) e os coronéis que forneciam os votos de cabresto. Mas não era isso suficiente para impedir oposições locais, respondidas sempre pelas truculências oficiais.²¹⁴

Esse autor salienta que a República não se tratou “apenas” de uma mudança ao nível das instituições, que de monárquicas passaram a republicanas, mas houve uma mudança de bases e forças sociais que articulavam o sistema de dominação do Brasil²¹⁵, o que refletiu na organização judiciária, como se verá.

Cabe ressaltar que o conceito de república era, na época, bastante débil. Christian Lynch observa que ele quase não tinha conteúdo próprio, sendo compreendido, essencialmente, por oposição à monarquia unitária.

Além de não tocarem na questão social – leia-se: na escravidão –, os republicanos eram vagos a respeito do desenho institucional proposto, limitando-se a advogar uma república democrática, um executivo responsável e províncias unidas por um vínculo federal. Embora houvesse federalistas monárquicos, os republicanos frisaram que, do ponto de vista “doutrinário” e “empírico”, a instituição da monarquia era incompatível com a federação das províncias, que só seria possível, portanto, dentro do modelo norte-americano.²¹⁶

²¹⁴ *Ibidem.*

²¹⁵ *Ibidem.*

²¹⁶ LYNCH, Christian Edward Cyril. O momento oligárquico: a construção institucional da república brasileira (1870-1891) in *História Constitucional*, n. 12, 2011. <http://www.historiaconstitucional.com>, págs. 297-325, p. 8.

A república veiculada era, assim, simplesmente, a continuidade da monarquia, com a diferença de federalizada e privada de um monarca hereditário.²¹⁷

3.2 Discussões sobre a organização judiciária durante o Governo Provisório

Vitorioso, o golpe militar que proclamou a República foi constituído o Governo Provisório que decretou atos de caráter constitucional, especialmente o Decreto 1 de 15 de novembro de 1889. O novo regime de governo foi designado no referido decreto como “república federativa” (art. 1º). As antigas províncias passaram a condição de Estados, para formar, em seu conjunto, os “Estados Unidos do Brasil” (art. 2º). Esses Estados eram qualificados como detentores de “legítima soberania” (art. 3º).²¹⁸

Esse decreto vigorou provisoriamente como constituição até 22 de junho de 1890. Nessa data, foi publicado um anteprojeto de constituição - o Decreto 510 com o nome de “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”.²¹⁹ Este sofreu alteração e gerou a publicação de um novo projeto - o Decreto 914-A, de 28 de setembro de 1890, nomeado “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”. O projeto foi discutido em Assembleia Constituinte que culminou com a publicação da primeira Constituição da República.

Os principais temas debatidos pelo Governo Provisório durante a elaboração do anteprojeto de constituição foram: os limites do federalismo, o sistema de governo e a unidade/dualidade do direito e da magistratura.

Quanto ao primeiro aspecto, os limites do federalismo, Andrei Koerner relata que os militares ligados ao Marechal Deodoro, que chefiava o Governo provisório, e os burocratas pretendiam limitar o alcance do federalismo, defendendo a centralização dos poderes e a organização nacional da burocracia. Líderes políticos dos estados menores ou em decadência econômica, antigos liberais e conservadores e também alguns republicanos defendiam uma organização federal, na qual o governo central mantivesse alguns poderes. Os republicanos históricos, os liberais e os conservadores dos estados maiores propunham uma organização ultrafederalista, na qual seria deixada à União apenas a renda estritamente necessária para

²¹⁷ *Ibidem*, p. 8.

²¹⁸ Decreto nº 1, de 15 de Novembro de 1889.

²¹⁹ O nome foi proposto por Rui Barbosa ao Governo Provisório. (BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. I volume. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932).

viver, reduzindo suas atribuições às relações internacionais, à defesa externa e o arbitramento das questões entre os Estados.²²⁰

Quanto ao segundo aspecto, o sistema de governo a ser adotado não era consensual. Uns defendiam o parlamentarismo. A maioria dos republicanos era presidencialista, pois se considerava que era a única forma de governo compatível com a federação. Segundo Christian Lynch, a tensão entre esses dois pólos ideológicos antagônicos era representada por Campos Sales, Ministro da Justiça, e por Rui Barbosa, Ministro da Fazenda.²²¹ Para Campos Sales, a vantagem de substituir a monarquia parlamentar pela república presidencial estava na conjugação de um governo forte e pessoal, de um lado, com sua responsabilidade direta frente aos representantes do latifúndio reunidos no Congresso, de outro. Ou seja, para ele, a república presidencial era a garantia de governo forte a serviço do *establishment* oligárquico.²²² Esta não era a opinião de Rui, apaixonado pelo parlamentarismo que sucumbira ao presidencialismo por rigidez doutrinária.²²³ Devem-se a ele os dispositivos característicos do presidencialismo norte-americano inseridos ao projeto. A esperança de Rui era a de que as derivas autoritárias do governo presidencialista ou do Congresso fossem coibidas pelo Judiciário, cujo poder, por isso mesmo, tratara de fortalecer ao elaborar o anteprojeto de constituição. Fixada sua competência para declarar a nulidade dos atos e leis incompatíveis com a Constituição e de julgar os conflitos entre os Estados, e entre estes e a União Federal, o Supremo Tribunal Federal deveria exercer o papel de um poder neutral, arbitral, terminal, restabelecendo o domínio da Constituição.²²⁴

²²⁰ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

²²¹ LYNCH, Christian Edward Cyril. O momento oligárquico: a construção institucional da república brasileira (1870-1891) in *História Constitucional*, n. 12, 2011, <http://www.historiaconstitucional.com>, p. 11.

Manuel Ferraz de Campos Sales foi “advogado, nascido na cidade de Campinas, estado de São Paulo, em 15 de fevereiro de 1841. Foi presidente da comissão central do Partido Republicano de São Paulo (1889), tendo sido deputado provincial por essa legenda (1882-1883 e 1888-1889). Foi ministro da Justiça do governo provisório (1889-1891) e senador por São Paulo à Assembléia Nacional Constituinte (1890-1891). Residindo na Europa (1892-1893), atuou como colaborador do *Correio Paulistano*. Governou o estado de São Paulo (1894-1898). Por meio de eleição direta, passou a exercer a presidência da República em 15 de novembro de 1898. Foi novamente senador por São Paulo (1909-1912), e assumiu o cargo de ministro plenipotenciário do Brasil na Argentina (1912). Faleceu na cidade de Santos, estado de São Paulo, em 28 de junho de 1913”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Os Presidentes e a República Deodoro da Fonseca a Dilma Rousseff*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2012, 5ª edição).

²²² *Ibidem*, p. 21.

²²³ Em discurso proferido no Congresso Nacional na sessão de 16 de dezembro de 1890, Ruy Barbosa afirmou: “Eu era, senhores, federalista, antes de ser republicano. Não me fiz republicano, senão quando a evidencia irrefragável dos acontecimentos me convenceu de que a Monarquia se encrustara irredutivelmente na resistência à federação”. (BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. I volume. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932, p. 60).

²²⁴ LYNCH, Christian Edward Cyril. O momento oligárquico: a construção institucional da república brasileira (1870-1891) in *História Constitucional*, n. 12, 2011, <http://www.historiaconstitucional.com>, p. 24.

Como afirma Fernando Henrique Cardoso, desde o governo provisório a questão fundamental que se colocava era a de saber quem substituiria, como força organizada, o Poder Moderador, ou seja, como se definiriam as regras do novo *establishment*.²²⁵ Christian Lynch observa, nesse ponto Rui Barbosa e Campos Sales estavam de acordo quando pensaram na introdução da jurisdição constitucional como sucedâneo republicano do Poder Moderador da monarquia. Segundo este autor, na prática, os constituintes republicanos “não apenas suprimiram, pela adoção do presidencialismo, o instituto do Poder Moderador”, que garantia o equilíbrio entre os três poderes federais pela alternância artificial entre os dois partidos existentes, “como também desconectaram da dependência do governo federal o processo de formação dos governos estaduais, ao adotarem um federalismo centrífugo, que entregava aos próprios Estados a competência para regular e organizar suas eleições”.²²⁶

Quanto ao terceiro aspecto, foi estabelecida no projeto de constituição do governo provisório a dualidade da magistratura. Os juízes federais seriam nomeados pelo Presidente da República e teriam as garantias da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos, mas não a da inamovibilidade (arts. 55 e 56). Aos juizes estaduais eram estabelecidas restrições, garantindo-lhes a vitaliciedade e proibindo a magistratura eletiva (art. 62, §§ 3º e 4º). O projeto estabelecia também o poder do Congresso Nacional de legislar sobre o direito substantivo e o direito processual, sem estabelecer a possibilidade de regulamentação pelas legislaturas estaduais, a fim de adaptá-lo as suas “condições peculiares”, ou seja, estabelecia a unidade do direito.

Andrei Koerner observa que Campos Sales foi o único membro do governo provisório a defender a dualidade do direito, já que, para este, era da essência do regime federativo que ao poder legislativo federal só pertencessem as atribuições relativas aos interesses gerais e à coexistência harmônica dos estados, ficando em plena independência as legislaturas deles, nas respectivas esferas de ação. Segundo o autor, derrotado no governo provisório neste aspecto, Campos Sales tomou providências para que a justiça federal fosse adotada antes da promulgação da nova constituição pelo congresso constituinte. Assim, Campos Sales reservou, através do código penal de 1890, e contra a unidade do direito do projeto de constituição do governo provisório, o direito de os estados criarem legislação penal a respeito de delitos que, no regime anterior, eram da competência dos municípios. Com a

²²⁵ CARDOSO, Fernando Henrique. Dos governadores militares a Prudente – Campos Sales. in *História Geral da Civilização Brasileira Tomo III O Brasil Republicano 1º volume Estrutura de poder e economia*. 2ª edição. São Paulo: Difel, 1977.

²²⁶ LYNCH, Christian Edward Cyril. *O caminho para Washington passa por Buenos Aires. Recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898)*. RBCS Vol. 27 n° 78 Fevereiro /2012, p. 151.

organização da justiça federal pelo Decreto 848, Campos Sales pressupôs a dualidade do Judiciário. E para completar o sistema judiciário do novo regime, organizou a justiça do Distrito Federal pelo Decreto 1030²²⁷, como veremos.

3.3 Os debates sobre a organização judiciária durante o Congresso Constituinte

No Congresso Constituinte de 1890, a questão da organização judiciária foi objeto de grande debate, tendo sido abordada pelo ângulo dos limites do federalismo. Essa discussão estava ligada a da competência federal ou estadual para legislar sobre o direito civil, comercial e penal e os respectivos processos.

Christian Lynch, ao analisar os anais do Congresso Constituinte, informa que os debates mostram uma divisão do campo político republicano entre liberais e conservadores. Explica o autor que, ainda que não institucionalizada em partidos, essa divisão ficou patente nas discussões sobre a natureza e os limites do Estado federativo, sobretudo no embate que se travou no terreno da competência legislativa e tributária, bem como no da organização judiciária. Na ocasião, os conservadores gaúchos e paulistas (republicanos históricos) defenderam um ultrafederalismo. Nestes pontos, Campos Sales e seus colegas, invocavam a doutrina da soberania dual, que consagrava a igual soberania dos Estados e da União em seus respectivos âmbitos de competência. Uma vez que havia dualidade de soberanias, era preciso que houvesse dualidade de judiciários.

Os liberais (geralmente pernambucanos e baianos) frisavam a necessária precedência da União no novo quadro federativo e a necessidade de dotá-la de uma capacidade de arrecadação tributária que bastasse para o seu sustento. Os representantes dos menores Estados sabiam que o objetivo da federação era enfraquecer a União para favorecer os Estados maiores, que eram os grandes exportadores; eles reteriam suas receitas e ainda dominariam o cenário nacional. Uma vez que os menores viviam das transferências de receita da União, estava claro que perderiam na reforma tributária proposta, ficando relegados, no novo regime, a uma posição bastante secundária. A essas objeções respondia Campos Sales

²²⁷ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

que fortalecer a União seria negar o sentido da obra federativa, que fora a causa da república. No seu argumento, defender a União era um modo disfarçado de ser unitário e monarquista.²²⁸

Quanto à discussão na Constituinte sobre o STF, ela se concentrou sobre quem controlaria a nomeação dos ministros. Segundo Andrei Koerner, esses debates tornaram-se a oposição entre a salvaguarda à autonomia dos estados e a defesa dos privilégios dos magistrados. O autor explica seu pensamento expondo a manifestação de Justiniano Serpa, deputado pelo Ceará, na constituinte:

- Há porventura maior perigo *para os estados* do que deixá-los entregues a uma magistratura da União, nomeada pelo poder central e superior a todas as autoridades locais? (...) Um dos grandes defeitos do antigo sistema era a centralização administrativa. Como, pois reviver esse regime em se tratando da magistratura?
- O que queremos é libertar *a magistratura* das paixões locais (aparte).
- Não compreendo a razão justificativa desse *privilégio que pretendem para a magistratura*. Mas qualquer que seja deve ceder a uma razão de ordem pública - *as garantias da liberdade, que ficarão em perigo no momento em que os magistrados não dependerem dos estados e puderem se colocar superior a tudo*". (grifos do autor)²²⁹

Segundo o autor, as “garantias das liberdades” significavam garantias da liberdade dos estados contra o poder central, contra os interesses corporativos dos magistrados.

3.4 Decreto 848 de 1890

A atuação de Campos Sales nos projetos de constituição elaborados no Governo Provisório foi principalmente no sentido de ampliar os poderes dos Estados para garantir-lhes o controle sobre a organização da magistratura. Essa atuação, e da maioria dos republicanos históricos, se explica pelo fato de que a magistratura existente era identificada ao governo centralizado do império ao qual os republicanos se opunham. Para eles, todo o poder que não fosse de eleição popular deveria ser delegado. Como a eleição de todos os magistrados de primeira instância era, geralmente, excluída, propunha-se que sua nomeação fosse feita pelos governos eleitos dos estados. Assim, Campos Sales entendia que a maior garantia para a independência da justiça era a descentralização baseada na federação. Os juízes só poderiam ser honestos quando não pudessem ser atingidos pela pressão, pela corrupção, pelo temor,

²²⁸ LYNCH, Christian Edward Cyril. O momento oligárquico: a construção institucional da república brasileira (1870-1891) in *História Constitucional*, n. 12, 2011, p. 18-19.

²²⁹ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998, p. 176.

pela ambição, pela perseguição, nem pelo favor. A centralização era a dependência e, por isso, deveria ser proscrita da nova organização.

Devido à possibilidade do predomínio dos políticos do antigo regime na Constituinte, pondo em risco a organização federativa em amplas bases, Campos Sales defendia a outorga da Constituição. Seu receio ficou exposto na sua exposição de motivos do Decreto 848, em que afirmou que pretendia, com a organização da justiça federal, “adotar o processo mais rápido para a execução do programa do governo provisório no seu ponto culminante – a terminação do período ditatorial”.²³⁰

O decreto estabelecia que a Justiça Federal seria exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juízes inferiores intitulados Juizes de Seção (art 1º). Os juizes federais seriam vitalícios e inamovíveis e não poderiam ser privados dos seus cargos senão em virtude de sentença proferida em juízo competente e passada em julgado (art. 2º), o que, segundo Campos Salles, garantia as principais condições de independência da magistratura federal. Cada Estado, assim como o Distrito Federal, formaria uma seção judicial, tendo por sede a respectiva capital, com um só juiz (art. 13) Os juizes de seção seriam nomeados pelo Presidente da República, dentre os cidadãos habilitados em direito com prática de quatro anos, pelo menos, de advocacia ou de exercício de magistratura, devendo ser preferidos, tanto quanto possível, os membros atuais desta (ar. 14). O Supremo Tribunal Federal compor-se-ia de quinze juízes, que poderiam ser tirados dentre os juizes seccionais ou dentre os cidadãos de notável saber e reputação, nomeados pelo Presidente da República, dependendo da aprovação do Senado (arts. 4º e 5º). Campos Sales assim justificou a forma escolhida de nomeação dos juízes:

A própria natureza da justiça federal, não permitindo tornar a nomeação ou promoção dos seus magistrados dependentes de qualquer poder dos Estados, nem sendo praticável uma eleição nacional para o preenchimento de cada vaga, exige a delegação desse direito a um dos poderes constituídos pela nação, e tanto maior a liberdade na escolha quanto mais indeclinável é o dever de assegurar a confiança no julgamento de questões que interessam à política geral interna e externa. Devendo essa escolha recair em cidadãos de notória capacidade, seja qual for o Estado da União a que pertençam, não conviria subordiná-la às regras de habilitação e acesso que cada membro da federação pode livremente estabelecer para a magistratura local, embora a aptidão provada nesta constitua valioso título de recomendação. A nomeação dos juizes pelo Chefe do Poder Executivo, uma vez preestabelecidas as condições gerais do exercício desse direito, e assegurada a independência do magistrado, é a investidura mais conveniente, conforme a experiência dos povos. Os requisitos da habilitação em direito, prática de quatro anos, pelo menos, de advocacia ou de judicatura, e a preferência quanto possível, aos magistrados atuais, parecem condições suficientes para a escolha de juizes federais de 1ª instância, os seccionais, deixando-se a apreciação do grau de merecimento ao Chefe da Nação.

²³⁰ PODER JUDICIÁRIO. *Conselho da Justiça Federal. Justiça Federal. Legislação*. Brasília, 1993, p. 13.

Para o Supremo Tribunal, porém, o Governo Provisório entendeu necessário que os requisitos expressos de notável saber e reputação, além da elegibilidade para o Senado, fossem garantidos pela aprovação dos senadores à escolha. Estabeleceu, todavia como disposição transitória que nas primeiras nomeações fossem admitidos, quanto conviesse à boa seleção, os atuais juizes de direito e desembargadores de mais nota (art. 7º, das Disp Transit da Const).²³¹

Cabe observar que o projeto final da constituição do governo provisório estabelecia que dois terços dos membros do STF seriam nomeados dentre os juizes mais antigos e o terço restante dentre juristas de aprovada ilustração. A representação dos magistrados criticou essa cláusula, pretendendo que se mantivesse o princípio de nomeação por antiguidade absoluta que vigorou para os membros dos tribunais superiores durante o império. Para Campos Sales, a reivindicação representava um privilégio para a magistratura e entendia que a presunção de capacidade não ficava restrita à classe dos magistrados, “por mais sólidas que sejam as aptidões adquiridas no seu tirocínio”.²³²

Ele identificava a nomeação dos juizes pelo governo central com o despotismo. Para ele, a organização centralizada do poder judiciário, com garantias para os seus membros, os quais estariam sujeitos apenas às formas de controle da própria corporação, era a concessão de um privilegio a magistratura, antes que uma condição para garantir a liberdade individual, tal como era proposto pelos liberais durante o império e na elaboração da constituinte republicana.

Tanto na exposição de motivos do Decreto 848, quanto na exposição que apresentou ao Chefe do Governo Provisório da República em 1891, Campos Sales explicitou o seu descontentamento com o regime de organização da justiça imperial. Ele afirma que “o uso e abuso das imposições de magistrados às províncias era uma das suas queixas mais acerbadas, e principal causa de tantas sedições de que rezam os relatórios dos ministros e os anais do Parlamento”.²³³

Informa que ocorreram muitos atentados contra magistrados sob a monarquia e que eram objeto de discussão nas câmaras e “aduzidos em prova da necessidade de restituir às províncias o direito de escolher os seus juizes, libertando-os da política imperial, que os convertia em agentes eleitorais”.²³⁴ Para Campos Sales, o mal não procedia nem dos juizes,

²³¹ Exposição apresentada ao Chefe do Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil pelo general Dr. Manoel Ferraz de Campos Sales. Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça. Em janeiro de 1891. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 38.

²³² KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998, p. 166.

²³³ *Exposição apresentada ao Chefe do Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil pelo general Dr. Manoel Ferraz de Campos Sales*. Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça. Em janeiro de 1891. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 57.

²³⁴ *Ibidem*, p. 58.

nem dos ministros que os nomeavam, tinha raízes nas próprias instituições fundamentais, “porque, se a lei de interpretação mutilou o ato adicional, este a seu turno mutilara o sistema federativo, e pôs ao lado de cada liberdade outorgada às províncias, uma atribuição do centro para anulá-la”.²³⁵ Assim, a divisão judicial atribuída ao governo provincial era burlada pela faculdade reservada ao governo geral de organizar as jurisdições e distribuí-los por distrito, município, termo, comarca e província; o direito de nomear os magistrados provinciais, ainda que não fosse abolido pela lei de interpretação, teria sido anulado por esse arbítrio deixado ao governo central de promovê-los ou removê-los para mil léguas de distância.

Segundo Campos Salles, “a reação imperial de 1840 conseguiu destruir o que durante a menoridade do imperante conquistara a nação, porque o Ato Adicional só dera às províncias a sombra de um poder independente”.²³⁶ Esses eram os motivos que teriam levado o Governo Provisório à proclamação da República federativa, conferindo “ao lado da soberania nacional, base essencial da União, a soberania de cada uma das províncias, erigidas em Estados, para garantia completa de sua autonomia (arts 1º, 2º e 3º do decreto n. 1 de 15 de novembro de 1889)”. Para Campos Salles, “só a República Federativa, com essa dupla soberania na tríplice esfera do poder público garantirá a um tempo a integridade da população de cada uma das antigas províncias, constituídas a União indestrutível de Estados indestrutíveis”.²³⁷ Mas seria indispensável que nem os poderes da União influíssem na formação dos poderes dos Estados, nem os destes nos da União.

Campos Sales enumera o unitarismo da organização judiciária, a concentração nas mãos de um só homem do poder de nomear, promover, remover, comissionar, por em disponibilidade ou avulsos todos os juízes do império entre “as causas dos profundos desgostos que geraram a revolução, sendo igual o descontentamento da magistratura e dos jurisdicionados.”²³⁸ Diz que o Governo Provisório garantiu os direitos adquiridos e reparou todas as injustiças da monarquia de que se queixavam os magistrados:

Para atender os antigos clamores das províncias contra a centralização, tratou imediatamente de restituir-lhes o direito de nomear os juízes locais (juízes municipais e substitutos), reservando-se provisoriamente, até a constituição dos Estados, o provimento vitalício, pela óbvia razão de importar uma despesa permanente, que só tem de passar para aqueles dentro dos limites determinados por sua organização judiciária (...)

²³⁵ *Ibidem*, p. 59.

²³⁶ *Ibidem*, p. 60.

²³⁷ *Ibidem*, p. 61.

²³⁸ *Ibidem*, p. 62.

(...) Foram os Governadores autorizados a propor o preenchimento das vagas de juiz de direito e a criação de lugares de juiz municipal, conforme as necessidades da boa administração da justiça (...).²³⁹

3.5 A organização judiciária na Constituição de 1891

Na Constituição de 1891, os poderes foram organizados em Legislativo, Executivo e Judiciário e a estrutura territorial do Estado foi organizada conforme o modelo federativo – União, Estados e Municípios. Segundo Rosalina de Araújo Correa foi nesse contexto que o Judiciário passou a ocupar, de maneira definitiva, seu espaço de poder, assumindo as funções jurisdicionais, especialmente com a extinção do Poder Moderador e do contencioso administrativo²⁴⁰.

O Poder Judiciário perdeu as características de submissão do período imperial (inclusive a denominação Poder Judicial). Aboliu-se o Juizado de Paz e a Justiça municipal. Confirmando o que já havia sido estabelecido nos Decretos 848 e 1.030, ambos de 1890, foi instaurado o modelo dual de Justiça: Justiça federal e Justiça estadual. Foi adotada, também, a dualidade do direito processual. Como se verá nos itens seguintes, isso gerou debates durante toda a vigência da Constituição de 1891.

A Constituição de 1891 explicitou que o Poder Judiciário da União teria por órgão um Supremo Tribunal Federal, juízes e tribunais federais²⁴¹ e não explicitou a estrutura de organização da justiça dos estados. Estabeleceu no art. 63 que cada estado reger-se-ia pela Constituição e pelas leis que adotasse, respeitados os princípios constitucionais da União²⁴².

Cabe assinalar que reinava na época discussão doutrinária acerca da natureza dos tribunais federais que, eventualmente, se viessem a criar. Enquanto uns entendiam tratar-se de verdadeira segunda instância, para outros, seria também órgão que cumpriria o papel de primeira instância, em virtude da competência do Supremo Tribunal Federal de atuar em grau de recurso, e, portanto, como segunda instância. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi²⁴³ informa que embora a discussão não tenha superado as raias da reflexão acadêmica, já que os tribunais

²³⁹ *Ibidem*, p. 62-63.

²⁴⁰ ARAÚJO, Rosalina Correa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 2004, p. 87.

²⁴¹ “Art. 55 - O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.”

²⁴² “Art 63 - Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar respeitados os princípios constitucionais da União”.

²⁴³ 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, p. 6-7.

federais não vieram sob a égide daquele texto, a posição de mais destaque apontava no sentido da segunda solução, ao argumento de que era impossível a criação da terceira instância de julgamento sem a competente reforma constitucional. Argumenta a autora que a conclusão se fortalece quando tomado o art. 49 da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que complementou a organização da Justiça Federal, já que foi assinalada a competência do STF para julgar as apelações e recursos cíveis.

Quanto à composição do Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1891 determinou no art. 56 que seria composto de quinze juízes nomeados dentre cidadãos de notável saber e reputação ilibada elegíveis pelo Senado²⁴⁴. A Constituição foi omissa quanto à necessidade de serem os juízes do Supremo Tribunal bacharéis, mas o fato é que, desde 1828, quando foi instalado o Supremo Tribunal de Justiça, nunca um não bacharel compôs o tribunal, apesar de terem sido indicados.²⁴⁵

Teotônio Simões afirma que houve uma continuidade do Supremo Tribunal de Justiça da Monarquia e do Supremo Tribunal Federal da República, sendo os membros providos para este foram tirados daquele.²⁴⁶ Também Maria Tereza Sadek salienta que vários dos barões e conselheiros da mais alta corte do Império assumiram cargos no recém-criado Supremo Tribunal Federal.²⁴⁷

Em relação aos juízes federais, dispunha o art. 48, nº 11 que a nomeação dar-se-ia pelo Presidente da República, dentre os indicados pelo Supremo Tribunal Federal²⁴⁸. A indicação se dava em acordo com os arts. 184 a 195 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1909. No art. 184 do Regimento, lia-se como requisito para inscrição, como condição de idoneidade, a habilitação em direito e o tirocínio de dois anos, no mínimo, de advocacia, judicatura ou de atividades como membro do Ministério Público²⁴⁹. Portanto,

²⁴⁴ É o que disciplinam os arts. 48, n. 12, e 56 da Constituição de 1891: “ Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...)12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado.” “Art 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.”

²⁴⁵ Conforme o Dr Nilo C L de Vasconcelos, em pronunciamento feito em 29 de outubro de 1930 no BIOAB, “Um dos nossos governos, entendendo que a expressão constitucional ‘dentre cidadãos de notável saber’ compreendia qualquer ramo de conhecimentos humanos, nomeou um médico e um general para ministro do Supremo Tribunal, mas o Senado negou a sanção àquelas escolhas entendendo que a expressão se refere às disciplinas as quais tem o STF de pronunciar-se.” (p. 215)

²⁴⁶ SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política - a política dos bacharéis*. Tese de doutoramento (Ciências Sociais) São Paulo: USP, p. 488.

²⁴⁷ SADEK, Maria Tereza. A organização do poder judiciário no Brasil. in *Uma introdução ao estudo da justiça* SADEK, Maria Tereza (org.). Idesp, Rio de Janeiro: Ed. Sumaré, 1995, p. 5.

²⁴⁸ “Art 48. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 11º) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal”.

²⁴⁹ É essa a redação do art 184 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1909: “Art. 184. Logo que o presidente do Tribunal receber comunicação oficial de estar vago um lugar de juiz de secção, mandará publicar

no que toca aos juizes federais, verifica-se que o exercicio profissional (da judicatura, da advocacia, ou de servicos ao Ministerio Publico) era tido como o atestado necessario de idoneidade. Era pelo exercicio profissional que o aspirante a juiz demonstrava a aptidao para exercer a magistratura.

Os juizes federais eram declarados vitalicios, perdendo o cargo unicamente por sentenca judicial e tinham seus vencimentos irredutiveis. Quanto aos juizes estaduais, o Supremo Tribunal firmou o entendimento de estarem protegidos pelas mesmas garantias dos federais, em razao do dispositivo constitucional que estabeleceu que cada estado deveria respeitar os principios constitucionais da Uniao (art. 63).²⁵⁰ Em termos definitivos, a reforma constitucional de 1926 e que acolheu a inamovibilidade e a vitaliciedade dos magistrados estaduais, bem como a irredutibilidade dos seus vencimentos, como principios cuja violacao permitiria a intervencao federal nos Estados.

A Constituicao de 1891 introduziu o controle de constitucionalidade das leis realizado pelo Poder Judiciario e tambem atribuiu essa competencia a Justica estadual, na forma de recurso ao Supremo Tribunal Federal (o que foi mantido mais explicitamente pela emenda constitucional de 1926).²⁵¹

3.6 Justica Federal

A justica federal enfrentou varios problemas durante seu funcionamento na Primeira Republica. Jose Tavares Bastos²⁵², que foi juiz seccional da Secao do Espirito Santo, publicou, em 1912, um minucioso estudo sobre a organizacao da justica federal, em que apontou uma serie de obstaculos enfrentados pelos juizes federais no exercicio da atividade jurisdiccional.

um edital no Diario Oficial, e nos jornais de maior circulacao da Capital da Republica, e comunicar pelo telegrafo aos governadores e presidentes dos Estados, que fica marcado o prazo de trinta dias para serem apresentadas na secretaria as peticoes dos candidatos, devidamente instruidas com documentos que provem os seus servicos e habilitacoes, e, nomeadamente, como condicoes de idoneidade, que se acham habilitados em direito, com o tirocinio de dois anos, pelo menos, de advocacia, judicatura, ou ministerio publico (Lei n° 221, arts. 7°, paragrafo unico, e 27, § 1°; Decreto n° 848 de 1890, art. 14)”.
²⁵⁰ LEAL, Victor Nunes. *O Poder Judiciario in Brasil 1900-1910*. V 1. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, 1980. Segundo o autor, o precedente mais antigo foi de 16-01-1909.

²⁵¹ A Constituicao Provisoria de 22 de junho de 1890 previu a existencia do controle quando delimitou as competencias do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, o Decreto 848/1890 consagrou o sistema.

²⁵² BASTOS, Jose Tavares. *Reforma da justica federal: estudo critico da instituicao, sua reorganizacao: projectos apresentados sobre a sua reforma no parlamento e pareceres*. Sao Paulo: Ed. Livraria Magalhães, 1912.

Um desses obstáculos eram os entraves enfrentados pela justiça federal nos municípios, opostos pela justiça estadual. Segundo José Tavares Bastos, embora a Constituição de 1891 tenha determinado a participação e auxílio da justiça estadual a federal essa cooperação era extremamente deficiente, pois o judiciário local se encontrava, em geral, completamente subordinado às pressões políticas, eis que mantido pelos cofres do Estado. Ele relata:

Em caso de conflito (...), é interessante o que se passa quando há pedido de força pela União e pelo Estado às autoridades constituídas deste. Tivemos ciência de choques curiosíssimos, e entre eles, podemos citar aquele em que tanto a justiça federal como a estadual, em caso de manutenção concedida, tinha uma ala do corpo policial para garantir decisões diametralmente opostas: embargos criados pela justiça estadual e manutenção de posse contrária cedida pela justiça federal. Tudo isso, pois, se choca; tudo conspira contra os interesses da União, quer no cível, como no crime.²⁵³

Outra dificuldade apontada por José Tavares Bastos foram os entraves da justiça federal nos municípios opostos pelos suplentes do juiz substituto seccional e pelo juiz substituto seccional. Em cada seção da justiça federal atuava um juiz seccional e um juiz substituto e, quando estes não podiam funcionar no caso, o Presidente da República poderia nomear um juiz *ad hoc* para atuar em um determinado feito. Em 1894, a Lei 221, de 20 de novembro, que completou a organização da justiça federal, criou, em substituição ao juiz *ad hoc*, o cargo de juiz suplente do substituto do juiz seccional. Os suplentes eram nomeados pelo governo federal, por indicação do juiz seccional, selecionado dentre bons cidadãos que estivessem no gozo dos direitos políticos, com preferência os graduados em direito, para servirem durante quatro anos.

José Tavares Bastos criticava o juiz *ad hoc* e o juiz suplente, pois, segundo ele, quase sempre os cargos eram ocupados por pessoa leiga, sua nomeação dependia da política local e, raramente, exercitavam sua ação contra alguém que fosse seu correligionário político. Ele informa que nos períodos de disputas partidárias era nomeada uma grande quantidade de suplentes. Chegavam ao Ministério da Justiça, inúmeros pedidos de indicações de nomes feitos por políticos de influência junto ao governo estadual. Em geral, os suplentes só atuavam nos períodos de eleição, passando o exercício ao juiz substituto após o término das campanhas partidárias. José Tavares Bastos relata que o Diário Oficial trazia “uma grande fornada de nomeações, à semelhança dos titulares da Guarda Nacional”, sendo que alguns deles mal

²⁵³ *Ibidem*, p. 17.

sabiam assinar o nome, eram “analfabetos na extensão da palavra, verdadeiros energúmenos, títeres políticos”.²⁵⁴

Além disso, esse autor informa que, embora a lei federal prescrevesse a incompatibilidade do cargo de juiz com outros cargos e impusesse que o magistrado residisse no município de sua atuação, quase todos os suplentes exerciam, paralelamente, funções incompatíveis com os interesses da justiça e residiam em locais afastados dos municípios onde exerciam sua jurisdição sem serem fiscalizados. De acordo com Tavares Bastos, esses juízes utilizavam o poder que a lei lhes conferia para nomear diversas outras autoridades temporárias para atuar no feito, sempre visando a seus interesses pessoais e dos políticos locais. Nas suas palavras, “a justiça federal nos municípios é uma justiça exercitada por leigos, políticos, e tudo por *ad hoc*, nela reinando, só e só, o compadresco: é uma justiça acomodatícia...”²⁵⁵

Para Tavares Bastos, a prática revelara que o modelo de estrutura judiciária, inspirado na legislação dos Estados Unidos, não estava dando certo no Brasil, pois o país ainda não possuía a cultura necessária do povo americano para distribuir a justiça por leigos. Não estava sendo assegurada aos litigantes uma garantia fundamental: “que as diligências da justiça federal fossem realizadas por funcionários efetivos, compromissados com a justiça”.²⁵⁶

Dentre várias outras dificuldades enfrentadas pela justiça federal, José Tavares Bastos também relata que os juizes reclamavam da falta de estímulo para a progressão na carreira. Segundo informa, se o juiz fosse nomeado para um estado pequeno, isso não pesava na balança política e ao magistrado só restava aguardar a aposentadoria e a morte, por melhor que tivesse sido sua atuação de juiz consciencioso. Mesmo nos estados da federação de grandes áreas, onde os vencimentos eram maiores, o único estímulo era o de fazer mais custas, não havendo interesse em cultivar os estudos da ciência do direito.²⁵⁷

A essas dificuldades, Andrei Koerner acrescenta o problema da escolha ministros do STF dentre auxiliares do Presidente da República ou entre os membros de facções aliadas a ele. Ele relata que a escolha desses ministros pelo Presidente da República tinha como objetivo garantir uma maioria favorável no tribunal, limitada apenas pelo compromisso da Política dos Governadores. A nomeação de um ministro poderia ser uma retribuição do Presidente da República a um auxiliar por serviços prestados ou parte de uma aliança entre facções, conforme exemplifica: “Alberto Torres e Epitácio Pessoa tiveram preteridas suas

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 47-48.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 21.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 32.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 55-59.

pretensões de domínio dos seus estados, devido à regra do reconhecimento das facções dominantes que Campos Salles estabelecera para a Política dos Governadores. Sua nomeação para o STF foi uma forma pela qual Campos Sales assegurou a manutenção da sua aliança com eles.”²⁵⁸

3.7 Justiça Estadual

Amaro Cavalcanti, jurista da época²⁵⁹, se manifestou, em 1900, contra a dualidade da justiça e do direito processual estabelecidos na Constituição de 1891, já que, em sua opinião, isso gerava problemas para a administração da justiça. De acordo com o jurista, as legislações dos Estados sobre a organização da justiça e do processo eram desencontradas a respeito de assuntos idênticos ou semelhantes e a multiplicidade da lei processual dificultava o andamento da justiça.

Os atos mais frequentes, da vida privada, relativos às pessoas e às coisas, as transações do comércio ordinário, as formalidades de uma causa no cível e no crime, o *tempo útil* em que certos atos podem ser feitos com valor jurídico, a denominação dos próprios funcionários ou dos atos, os prazos as provas, tudo isso, e muito mais, já tem hoje ou poderá ter na República, pelo menos, 21 modos ou praxes diferentes. Não se avalia mesmo, como é difícil saber-se às vezes em um canto da União, qual seja a verdadeira legalidade de um certo documento em determinado Estado, - ora pelo desconhecimento da lei respectiva, ora pela facilidade com que a lei é freqüentemente alterada ou revogada.²⁶⁰

Para Amaro Cavalcanti, os inconvenientes sentidos na administração da justiça seriam afastados se a lei tivesse em todo o território da República uma só fórmula geral para sua aplicação ou execução.²⁶¹

Ele informou que vários Estados, por suas condições financeiras, não podiam remunerar bem os seus magistrados, sendo que, em alguns deles era tão insignificante a importância dos seus vencimentos, que não chegavam, sequer, “para manter a vida de maneira *simplesmente decente*”. Para ele, isso fazia com que os indivíduos que dispusessem de

²⁵⁸ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998, p. 188. Segundo o autor, dos 33 ministros nomeados para o STF entre 1900 e 1930, 14 eram desembargadores dos estados maiores – de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Bahia e Distrito Federal.

²⁵⁹ Amaro Cavalcanti exerceu, dentre outros cargos, o de ministro do Supremo Tribunal Federal, de maio de 1906 a dezembro de 1914 e o de prefeito do Distrito Federal, entre 1917 e 1918.

²⁶⁰ CAVALCANTI, Amaro. *Regimen Federativo. A Republica Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900, p. 255.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 255.

“melhores habilitações” não quisessem exercer o cargo de juiz, que, conseqüentemente, ficava nas “mãos dos menos hábeis, e, portanto, com detrimento para a administração da justiça”.²⁶²

Na opinião de Amaro Cavalcanti, a dualidade de direito e da justiça possibilitava a intromissão de interesses políticos na administração da justiça na maioria dos Estados. Nas suas palavras: “Alguns há, em que se tem mesmo pretendido reduzi-la a um mero instrumento da política dominante, e nada mais do que isso!”²⁶³

Ele informa que, não raro, a própria divisão judicial do território do Estado obedecia a uma conveniência dos interesses da política local: as circunscrições judiciais eram, em regra geral, traçadas, aumentadas, diminuídas ou suprimidas para satisfazer aos caprichos ou cálculos políticos do momento.²⁶⁴

O jurista relatou diversos casos de ingerência política no judiciário. Nos Estados de Sergipe, do Pará e do Rio Grande do Norte foram feitas reformas constitucionais que autorizavam o Presidente do Estado aposentar ou mesmo demitir magistrados, no intuito de punir os membros do poder judiciário que não se prestavam a atender aos interesses políticos. O congresso do Ceará, por exemplo, havia revogado a Constituição do Estado para, por meio de leis ordinárias, autorizar o Presidente do Estado a remover juizes de direito (Lei 420 de 20 de setembro de 1897), atribuindo-lhe também o poder de aposentá-los com o tempo de serviço que contavam e preencher a vaga com juizes substitutos e promotores, sem obedecer à antiguidade, realizando novas nomeações de suplentes e juiz substituto e recomeçando a contagem de novo período de quatro anos (Lei 444 de 6 de agosto de 1898).²⁶⁵

Também Ruy Barbosa, que em 1890 foi favorável à dualidade de organização judiciária, defendeu, em 1910, o retorno à unidade judiciária. Para o jurista, o princípio da unidade, que a Constituição impunha aos códigos civil, criminal e mercantil do país, colidia com o da multiplicidade, que estabeleceu para as leis do processo e a organização da justiça: “Aplicados cada qual por vinte e um corpos distintos de magistrados, o Código Comercial, o Código Penal, a Legislação Civil padecem, nas mãos de outras tantas interpretações independentes e diversas, o mesmo número de adaptações e transmutações, divergentes e opostas”.²⁶⁶ Ruy defendeu que o organismo judiciário tivesse um caráter uno e que a

²⁶² *Ibidem*, p. 253.

²⁶³ *Ibidem*, p. 252.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 252.

²⁶⁵ *Ibidem*, nota de rodapé, p. 253.

²⁶⁶ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. IV volume. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, p. 50.

jurisprudência fosse uniforme.²⁶⁷ Ele reclamava da qualidade da magistratura e da influência política sofrida por ela:

Entregue ao arbítrio dos poderes locais, a magistratura baixou, moral e profissionalmente, de nível. Profissionalmente porque os magistrados estaduais não têm horizonte. As suas funções mal retribuídas, a sua carreira confinada, a sua estabilidade precária excluem, em geral, do seu quadro as melhores capacidades. Moralmente porque, abandonada aos interesses de província, às suas revoluções, às intolâncias dos seus partidos, a magistratura local tem de acabar resignada ao papel de instrumento político, e vegetar nessa condição desmoralizadora.²⁶⁸

Já naquele ano, Ruy Barbosa defendeu a reforma da Constituição para: 1º que se unificasse o direito de legislar sobre o processo; 2º que se unificasse a magistratura; e 3º que se retirasse dos estados e do governo central a composição da magistratura e coubesse aos tribunais superiores a escolha e suspensão dos magistrados.²⁶⁹

3.8 Discussões sobre o modo de nomeação de magistrado e desembargadores

Diante da impossibilidade de pesquisar como se deu a modificação do modo de nomeação de juízes e desembargadores de todos os Estados, faremos uma análise das leis que organizaram a justiça do Distrito Federal e, posteriormente, daremos um breve panorama da situação dos Estados.

A escolha do Distrito Federal não foi aleatória, mas sim em razão de alguns importantes fatores: 1) É pertinente consignar que a Corte de Apelação do Distrito Federal foi o primeiro Tribunal de Justiça instalado na República e, em função desse ato, os demais tribunais de justiça existentes no Império foram dissolvidos, o que suscitou a necessidade de os Estados programarem a instalação de novos tribunais na República; 2) Durante toda a República, houve uma preocupação constante com a organização judiciária do Distrito Federal, que foi alterada várias vezes, e cujos projetos de alteração foram largamente discutidos no Congresso, no IOAB e nos periódicos da época; 3) Foi num decreto que modificou a organização judiciária do Distrito Federal que se previu pela primeira vez a possibilidade de nomeação de desembargadores de forma livre pelo governo entre advogados e membros do Ministério Público.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 51.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 51.

²⁶⁹ *Ibidem*.

3.8.1 Organização judiciária do Distrito Federal

3.8.1.1 Decreto 1.030 de 14 de novembro de 1890

Em obediência ao texto constitucional, o antigo município neutro, agora definido como Distrito Federal da República dos Estados Unidos do Brasil, teria autonomia para criar e para organizar um Judiciário próprio - o primeiro Tribunal do Distrito Federal. Nesse compasso, passaram a existir, distintamente, as Justiças do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, sendo que esta última foi organizada, ainda no Governo Provisório, pelo Decreto nº 1.030 de 14 de novembro de 1890, que instituiu a primeira organização judiciária do Distrito Federal, completando o sistema judiciário proposto no Decreto 848.²⁷⁰

Segundo Campos Sales, os mesmos motivos, que determinaram o Governo Provisório da República a decretar a lei orgânica da justiça federal, e a organizá-la também no Distrito Federal, “atuam com igual força para nele se constituir simultaneamente o poder judicial, próprio e soberano, a que tem direito, de par com todos os Estados da União.”²⁷¹ Ele expunha as falhas da organização judiciária existente no município neutro do Império que passou a ser o Distrito Federal na República:

A organização judiciária nele existente era parte competente do sistema político imperial, unitário e centralizador; os juizes de 1ª instância, ou eletivos e quase sem jurisdição, ou nomeados a arbítrio do imperante dentre magistratura estranha ao município, e não distribuídos por suas localidades; os juizes da 2ª, formando um tribunal de apelação e outro de revista, que, por sua composição e funções não constituíam a justiça municipal, sendo tirados os seus membros de todas as províncias, e a elas estendendo sua competência, sem distinção da natureza das causas; o que tudo é incompatível com o sistema federativo. Somente o júri estava bem organizado, mas a concentração, em um só tribunal, de quase toda a matéria criminal deu em resultado o excessivo prolongamento das prisões preventivas à espera do dia do julgamento.²⁷²

Para Campos Sales, o Distrito Federal, embora estivesse sob a direção política da União, não deveria ser privado de seu governo municipal, pois era mais do que um município livre e independente, era um Estado em perspectiva, e tinha direito, portanto, a uma justiça local, essencialmente distinta da federal. Assim, o Decreto n. 1030, organizou a justiça local

²⁷⁰ Quanto ao Município Neutro, dispunha a Constituição de 1891 (art. 2º) que constituiria o Distrito Federal, enquanto não se transformasse em Estado, ao transferir-se a capital para o planalto central, o que só veio a ocorrer em 1960. Sua administração incumbiria às autoridades municipais, salvas as restrições especificadas na Constituição e nas leis federais (art. 67). Uma dessas ressalvas foi a justiça local, estruturada, regulada e custeada pela União.

²⁷¹ Exposição de motivos do Decreto 1030 de 14 de novembro de 1890 que organiza a justiça no Distrito Federal.

²⁷² Exposição apresentada ao Chefe do Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil pelo general Dr. Manoel Ferraz de Campos Salles. Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça. Em janeiro de 1891. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 40.

do Distrito Federal, fazendo com que nele funcionassem simultaneamente às duas justiças paralelas.²⁷³

Com este decreto, extinguiu-se a divisão territorial em distritos, preferindo-se dividir todo o Distrito Federal em duas circunscrições denominadas pretorias. Em cada circunscrição pretorial funcionava uma junta correccional, destinada a julgar as contravenções e pequenos delitos, sendo compostas de pretor, que as presidia, e de dois vogais. As jurisdições dos juizes de direito foram reunidas em um só tribunal civil e criminal, composto de 12 magistrados vitalícios e dividido em três câmaras: civil, comercial e criminal. Cada câmara tinha o seu presidente e três juizes que preparavam os feitos por distribuição e os julgavam coletivamente. A antiga Relação foi transformada em Corte de Apelação, composta de 12 magistrados vitalícios, dividida em duas câmaras: uma civil e outra criminal; cada câmara julgava sempre com cinco juizes, decidindo a maioria.

Foram previstos julgamentos coletivos em 1ª e 2ª instância. Os julgamentos coletivos em 1ª instância eram de “causas cíveis de valor excedente a 5:000\$, os crimes de responsabilidade dos funcionários e alguns dos comuns de penalidade não excedente a quatro anos de prisão e cujo julgamento pareceu mais bem garantido por juizes versados na jurisprudência”.²⁷⁴ O julgamento em 2ª instância foi exclusivamente cometido a jurisdições coletivas. As justificativas apresentadas por Salles para as jurisdições coletivas foram: “mais facilmente se corrompe a um só juiz do que a uma corporação”; “as deliberações de uma corporação são mais refletidas do que as de um homem”; “a instrução se faz melhor por um só juiz, o julgamento por uma corporação”.²⁷⁵ O Ministério Público foi instituído junto a cada juiz e tribunal e “organizado de modo a constituir-se o primeiro fiscal da lei e dos interesses gerais da sociedade”.²⁷⁶

Foi conferido ao Distrito Federal o direito de regular o acesso dos seus juizes e de criar uma carreira judiciária. A atribuição para nomear os magistrados e os principais órgãos do Ministério Público foi dada ao Presidente da República, o que foi acompanhada de providências “tendentes a facilitar a escolha e assegurar a independência dos juizes”, quais sejam:

Todos os magistrados devem ser graduados em direito.

Para a 1ª entrância (Pretura) exige-se um **tirocínio de dois anos na advocacia, Ministério Público, ou noutra judicatura**, e estabeleceu-se como preferência um

²⁷³ *Ibidem*, p. 40.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 45.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 45.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 48.

título de idoneidade passado, mediante exame, pelo Conselho Supremo da Corte de Apelação.

Para a 2ª entrância (Tribunal Civil e Criminal) **exige-se noviciado de seis anos em alguma das três profissões mencionadas**, preferindo a da judicatura até metade do número de membros do tribunal, **o Ministério Público até o terço, a advocacia até um sexto**, e entre os da mesma classe os que tiverem título de habilitação passado pelo mesmo Conselho.

Para a 3ª entrância (Corte de Apelação) são promovidos somente os membros do Tribunal Civil e Criminal por antiguidade até dois terços, por merecimento até um terço.²⁷⁷ **(destacamos)**

Segundo Campos Salles, os títulos de idoneidade e habilitação, mediante ao exame e julgamento adotados, foi preferido ao concurso, porque este não garantia a capacidade moral e a profissional. Aquele sistema teria provado melhor na Itália e Alemanha, do que o do concurso “ensaiado e logo abandonado na França”. Quanto ao princípio da antiguidade, aplicado à magistratura, teria para ele grandes vantagens; mas em absoluto afrouxaria o zelo, não oferecendo estímulos. Combinado com o do merecimento dentro dos limites em que foi estabelecido, não prejudicaria a independência dos juízes em nenhum dos tribunais.²⁷⁸ De acordo com Salles, a instituição de tirocínio e estágio, títulos de preferência, mediante exame de idoneidade ou habilitação, e regras sobre as nomeações e promoções serviam para “preparar os candidatos à magistratura, estimular e verificar o seu aproveitamento, recompensar a capacidade provada e dedicação ao serviço público”.²⁷⁹

As alterações trazidas pelo Decreto 1.030 geraram bastante discussão entre juristas que reclamaram das “perturbações” provocadas por esse decreto.²⁸⁰ Sayão de Bulhões Carvalho, defendendo que a organização do Distrito Federal fosse feita pelo próprio Distrito, seguindo o “espírito da Constituição de 24 de fevereiro de 1891”, discutiu como deveria ser feito o recrutamento dos magistrados, expondo os inconvenientes de cada uma das formas existentes: nomeação, concurso e eleição. Diante da dificuldade de encontrar uma autoridade local que pudesse fazer a nomeação, opinou pela eleição que deveria “concentrar-se necessariamente nas classes que professam a doutrina do direito, que promovem a ação da justiça e que realizam a aplicação da lei”, respectivamente os professores, os advogados e os juízes.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 48-49.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 49.

²⁷⁹ Exposição de motivos do Decreto 1030 de 14 de novembro de 1890 que organiza a justiça no Distrito Federal.

²⁸⁰ Sayão de Bulhões Carvalho descreve essas perturbações: “Certos juizes passaram a chamar-se *Pretores* como na Itália. A Relação transformou-se em Corte dividida em *Comarcas*, como na França. (...) Como que para tornar esquecido de uma vez o nome *Desembargador*, dado tradicionalmente aos juizes de 2ª instância, suprimiram-se pouco mais ou menos os embargos na 2ª instância; mas o povo parece que não acreditou que, depois de banida a monarquia, se quisesse chamar cortesãos os juizes da nova Corte de Apelação e continuou a chamá-los Desembargadores.” (RIOAB, 1893, p. 80)

A investidura por nomeação parece excluída pelo próprio preceito constitucional que não deu essa faculdade ao Presidente da República. A ideia de lhe pedir a investidura dos juizes, passando por cima das raias da autoridade local para solicitar a sua indébita intervenção, serve para provar que não se encontrou dentro dos limites do Distrito Federal autoridade, a quem fosse possível conceder a atribuição de nomear os representantes da justiça local.

A quem se daria semelhante poder? Ao Prefeito? Ao Conselho de Intendência? Seria reduzir a nada os magistrados ou quando muito a posição de empregados subalternos da administração municipal.(...)

Desta hipótese se não pode tratar senão para excluí-la imediatamente.

A do concurso foi suscitada muitas vezes no tempo do Império por magistrados ilustres e por advogados de fama (...)

A ideia é sedutora na verdade. A primeira vista parece realizar as melhores condições de independência na escolha dos juizes e de idoneidade nos escolhidos depois de provas públicas de seu saber, examinadas, apreciadas e julgadas por uma decisão solene.

Como muitas outras seduções, porém, esta é falsa na sua essência e positivamente irrealizável sem as mais amargas decepções.

Tem logo em princípio um defeito, que todos reconhecem e que deveria bastar para arrefecer o entusiasmo dos que sustentam esse meio de investidura, senão para condená-lo sem apelação nem agravo. Não é possível pôr em concurso a moralidade, a honestidade e a dignidade, que não podem com certeza ser classificadas pela comissão julgadora dos concorrentes à judicatura.

(...)

Se tem havido deploráveis abusos com o sistema de investidura por nomeação, o abuso chegaria ao seu auge com o sistema de concurso; porquanto estabeleceria, em princípio a oligarquia, que é a quinta essência do espírito de classe, de onde proveio a irresponsabilidade do juiz julgado pelo juiz.

No sistema de concurso não de ser necessariamente os juízos que terão que julgar os concorrentes à judicatura. Não há no Distrito Federal outros funcionários a quem fosse possível dar semelhante competência, sem cair em todos os inconvenientes já notados quanto à nomeação. Seriam estes disfarçados pela formalidade do concurso, mas agravados pela incompetência dos julgadores.

Conseqüentemente, chegamos por força da lógica a este resultado; uma corporação de juizes vitalícios, escolhendo os membros de sua classe com perfeita independência de todas as outras classes e de todos os outros poderes do Estado. Se isto não é oligarquia, a palavra oligarquia não tem sentido.

(...)

As provas públicas do concurso pouco podem influir no espírito dos associados vitalícios, sem dependência da opinião pública e só dependentes do julgamento da sua corporação.

(...)

A eleição por sufrágio universal ou por indivíduos incapazes de apreciar o mérito dos juizes e sem interesse imediato e direto na sua escolha seria o maior dos absurdos; corresse embora tudo pacificamente, sem as cenas de escândalo público que conhecemos e que não contribuiriam certamente para elevar o prestígio das funções judiciárias.

(...)

Certo é que para eleição dar bons resultados, seja qual for o seu sistema, cumpre que haja no povo o sentimento do direito. Em todas as outras formas de investidura, essa condição exerce necessária influência; mas em nenhuma tanto como nesta; porquanto no sistema eletivo o espírito nacional, a consciência geral do direito exerce a ação mais imediata que é possível na escolha dos que devem representar a lei e aplicar o direito.

(...)

Aceitas estas premissas é lícito também concluir que, **se existirem no povo a consciência do direito e o sentimento de justiça, devem concentrar-se necessariamente nas classes que professam a doutrina do direito, que promovem a ação da justiça e que realizam a aplicação da lei.**

Os professores que representam a doutrina, os advogados que representam a ação, os juizes que representam a lei, são os órgãos da consciência nacional na realização do direito.

(...)

Porque não deixar este mundo do direito constituir-se pelas suas próprias forças organizadoras e pela ação recíproca dos seus elementos íntimos, movendo-se segundo um sistema harmônico e previamente regulado no circuito vasto da ideia de justiça, que tanto mais se alarga quanto mais se esclarece o pensamento e se estende a esfera da atividade humana?! ²⁸¹ **(destacamos)**

De acordo com o jurista, não haveria aí a menor ideia de oligarquia ou de espírito estreito de classe, já que “não há barreiras capazes de impedir o acesso a quem quer que seja para esse grêmio, onde se pode sempre entrar pelas portas, que ninguém pode fechar, da ciência, da atividade, da vocação, do estudo, do talento, do caráter”.²⁸²

Posteriormente, a Comissão Especial do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros apresentou um parecer sobre o Decreto 1.030 de 1890, em que também se criticava a nova forma de organização judiciária do Distrito Federal e se discutiam os seguintes sistemas de investidura dos juizes: o da livre escolha do Governo, o da eleição e o do concurso.²⁸³

De acordo com o parecer, o primeiro sistema – o da livre escolha - estaria condenado por uma prática de inúmeros anos, pois que esta teria denotado, não poucas vezes, que as primeiras nomeações para a magistratura foram exclusivamente feitas “sob os funestos auspícios do patronato de toda espécie”, declaradamente o político, sendo certo que nos últimos tempos do Império não se fazia qualquer nomeação “sem o processo prévio e humilhante da adoção do candidato pelo chefe local, a influência do campanário, apresentação e aprovação do deputado do distrito sem esquecer o cortejo de empenhos e peditório para resolver o ministro e as demoras e sacrifícios que com isso se impunham ao pretendente ao cargo de Juiz de Direito”.²⁸⁴

O sistema eletivo seria tão perigoso como o primeiro. “A dependência em que fica o juiz do seu eleitor, a falta de capacidade que tem o povo de eleger o magistrado, e tantos

²⁸¹ *Ibidem*, p. 89-105. J. E. Sayão de Bulhões Carvalho foi relator do projeto de organização judiciária do Distrito Federal. Os arts. 9 e 10 do projeto tratavam da investidura: “Art. 9º Os Juizes da Apelação, os Juizes de Direito, os Escrivães, o Protocolista e os Contadores são eleitos, podendo ser reeleitos, anualmente por um corpo eleitoral composto de juizes, advogados e professores das faculdades de ciências jurídicas e sociais, oficiais ou livres, organizadas sob o regime do Decr. n. 1232 de 2 de Janeiro de 1891 e equiparadas quanto aos seus direitos às faculdades oficiais.”

²⁸² *Ibidem*, p. 105.

²⁸³ *Ibidem*, p. 206-214.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 207.

outros motivos que o bom senso está indicando, são poderosas causas que nos levam a não aceitar este alvitre que tão diretamente ataca a independência de um alto Poder”.²⁸⁵

Restaria o sistema do concurso, o sistema que melhor se adaptaria ao regime de democracia. O concurso, no entanto, não deveria deixar margem para outro poder “esterilizar a bela criação”, como ocorria com os concursos para as faculdades de ensino superior no império. Segundo o parecer, feito o concurso, a congregação dessas faculdades classificava os candidatos, e o governo fazia a nomeação dentre os classificados, escolhendo raras vezes o primeiro, muitas vezes o último. Desse modo, “candidato houve que sempre classificado em 2º e 1º lugar só foi nomeado no 8º concurso”. Defende-se que se o governo regulasse a nomeação do concurso pela ordem de classificação, observadas as provas de moralidade de cada candidato, então o abuso desapareceria. Assim, além de ilustrado, o juiz precisaria ser moralizado. Mas, como provar essa moralidade? Do seguinte modo:

Os que se propuserem à magistratura têm de provar preliminarmente o noviciado que tiveram feito na advocacia, ou na classe de auxiliares dos Juizes de Direito ou no Ministério Público. Este noviciado dá lugar a que os Juizes de Direito em relação aos juizes auxiliares e membros do Ministério Público e o Instituto da Ordem dos Advogados em relação aos desta classe, conheçam o grau de moralidade e forneçam ao Presidente da Corte de Apelação, quando se fizer necessário, as certidões ou atestados respectivos. E para maior garantia admitimos que, feita a nomeação para o cargo de Juiz de Direito, esta só seja declarada efetiva se, findo o primeiro ano de exercício, o Tribunal Superior não fizer reclamação em contrário.²⁸⁶

Deste modo, ficaria resolvida a dúvida, já que, por mais frágeis que fossem as provas colhidas, por mais precário que fosse o processo, ainda assim seriam preferíveis ao simples critério de um homem, por mais pura que fosse a sua intenção. Quanto à comissão julgadora, ela deveria ser formada por membros de tribunais, advogados e professores de direito.

Assim, segundo a Comissão do IOAB, diante dos inconvenientes do concurso, seria preciso modificá-lo, considerando-se preferível o exame, pois que além de satisfazer do mesmo modo aos fins a que se queria atingir, isto é, “o conhecimento da habilitação prática e juízo jurisprudencial do candidato”, excluiria a hipótese de transformar-se uma criação de caráter eminentemente prático em uma outra em que fossem ser exibidas em discursos de tom acadêmico “vagas teorias com as quais já o candidato teria perdido longos anos de estudo nas faculdades de Direito”. O que conviria adotar seria “um exame sério e solene de questões práticas de Direito Civil, Comercial e Criminal e de processo”. Definido o meio de investidura, para o acesso à Corte de Apelação deveria ficar admitido o princípio de

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 208.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 209-211.

antiguidade absoluta, por já se achar provado o mérito pelo exame público para a investidura.²⁸⁷

3.8.1.2 Reformas na organização judiciária do Distrito Federal

A organização da justiça do Distrito Federal realizada pelo Decreto 1030 foi reformada várias vezes. Pela **Lei 1.338 de 4 de janeiro de 1905** em substituição ao Tribunal civil e criminal foram criados quinze juízes de direito – vitalícios e inamovíveis como os desembargadores (art. 1º). As pretorias que foram criadas em número de vinte e uma ficaram reduzidas a quinze. Extintas as juntas correicionais suas atribuições passaram para os pretores. A Corte de Apelação, com doze desembargadores, passou a ter quinze (art. 4º). À Corte só eram promovidos juízes de direito por antiguidade e esses juízes só eram recrutados entre pretores, advogados e membros do Ministério Público. Os desembargadores, juizes de direito e pretores eram nomeados pelo Presidente da Republica (art. 8º).

O **Decreto 5.561, de 19 de junho de 1905**, que aprovou o regulamento para execução da Lei 1.338, acrescentou no art. 16, regras para as nomeações: § 1º os desembargadores seriam nomeados dentre os juizes de direito na ordem da antiguidade absoluta (conforme os arts. 40 e 41); § 2º os juizes de direito, dentre os doutores ou bacharéis em ciências jurídicas e sociais por Faculdade da República, que tenham, pelo menos, seis anos de exercício em cargo de judicatura, ministério público ou advocacia; e § 3º os pretores, dentre os doutores ou bacharéis em ciências jurídicas e sociais por Faculdade da República, que tenham quatro anos, pelo menos, de prática forense, tendo preferência os juizes de direito em disponibilidade, reconhecidamente idôneos.

O **Decreto 9.263, de 28 de dezembro de 1911**, reorganizou a justiça do Distrito Federal, mas manteve a determinação de que os desembargadores fossem nomeados dentre os juizes de direito na ordem de antiguidade absoluta (art. 13, § 1º). Ele exigiu para a investidura no cargo de juiz de direito seis anos, pelo menos, de exercício em cargo de judicatura, Ministério Público ou na advocacia (art. 13, § 2º) e reclamou, ainda, a prova de “idoneidade moral e a capacidade judiciária para o cargo” (art. 14, § 2º).²⁸⁸

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 214.

²⁸⁸ “Art. 13. Os desembargadores, juizes de direito, pretores, procurador geral, promotores públicos, curadores, o secretário da Corte de Apelação e os procuradores da Fazenda Municipal são nomeados pelo Presidente da República.

§ 1º Os desembargadores, dentre os juizes de direito na ordem de antiguidade absoluta, para terem exercício na 3ª câmara, e sucessivamente, os mais antigos, na 2ª e 1ª, á medida que se derem vagas nestas.

§ 2º Os juizes de direito, dentre as pessoas versadas em direito com seis anos, pelo menos, de exercício em cargo de judicatura, Ministério Publico, ou na advocacia, e habilitados de conformidade com o disposto no art. 14, §§ 2º, 3º e 4º.

Nova reforma ocorreu com o **Decreto 16.273 de 20 de dezembro de 1923**, editado com fundamento na Lei 4.632/1923. De acordo com este decreto, os juízos eram classificados em três entrâncias (art. 197). A promoção de juiz de direito da 1ª para a 2ª e da 2ª para 3ª entrância era feita dois terços por merecimento e um terço por antiguidade, nos termos estabelecidos para a promoção de juiz de direito a desembargador (art. 198). Os juizes de direito de 1ª entrância seriam nomeados, dois terços por promoção dentre os pretores e membros do Ministério Público, que figurassem em lista anual de promovíveis por merecimento, e um terço mediante concurso, dentre os bacharéis ou doutores em direito (art. 199). Os pretores seriam nomeados dentre os bacharéis ou doutores em direito, com dois anos de prática na advocacia, magistratura ou Ministério Público, desde que reunissem as condições seguintes: absoluta idoneidade moral e incensurável conduta; ter mais de 23 e menos de 45 anos de idade; ter vencido as provas do exame, que foram prescritas na Lei do art. 204 a 215 (art. 203). Assim, com esse decreto, a forma de investidura dos juízes que passou a vigorar no Distrito Federal foi a nomeação pelo executivo mediante concurso.

Quanto aos desembargadores, o Decreto 16.273 previa, no art. 190, que seriam nomeados dentre os juizes de direito, que fizessem parte das listas de promoção, sendo um terço por absoluta antiguidade e dois terços por merecimento, a começar pelo merecimento.

Apesar dessa regra, três anos depois, com o **Decreto 5.053 de 6 de novembro de 1926**, que criou seis novas vagas de desembargador, foi determinada uma regra de **composição heterogênea** para o seu preenchimento. De acordo com a regra, o governo os escolheria livremente entre os doutores ou bacharéis em Direito, com notório saber atestado pela prática da advocacia ou pela experiência acumulada como membro do Ministério Público. É o que dispunha o art. 34 do decreto:

O Governo poderá para as primeiras nomeações dos seis cargos de desembargadores, criados em virtude desta lei, os escolher livremente entre doutores ou bacharéis em direito, de notório saber, atestado pela prática das magistraturas, federal ou estaduais, do Ministério Público, ou da advocacia, ou entre os juizes de direito da justiça local, estes, porém, de conformidade com o disposto no art. 3º do decreto legislativo nº 4.988, de 8 de janeiro de 1926.²⁸⁹

§ 3º Os pretores, dentre os juristas com quatro anos pelo menos de tirocínio no Ministério Público ou advocacia, e habilitados de acordo com o disposto no art. 15, § 2º.

§ 4º O procurador geral, dentre os juristas com oito anos, pelos menos, de tirocínio na judicatura, Ministério Público ou advocacia.

§ 5º Os promotores públicos, curadores, o secretário da Corte de Apelação e os procuradores da Fazenda Municipal, dentre os juristas com quatro anos pelo menos de prática forense”.

²⁸⁹ Coleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1926. Vol I. Actos do Poder Legislativo (janeiro a dezembro). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1927, p. 76.

3.8.1.3 Decreto 5.053 de 6 de novembro de 1926

Neste item, abordamos as discussões havidas sobre a elaboração do Decreto 5.053 de 6 de novembro de 1926 na Congresso Nacional e no IOAB e a mensagem apresentada pelo Presidente da República, Arthur Bernardes, ao Congresso Nacional explicando os motivos de sua elaboração.

Lendo os **Diários da Câmara dos Deputados e os Anais do Senado**, ambos do ano de 1926, descobrimos que em 1925 teve início na Câmara dos Deputados o projeto “alterando a Organização Judiciária e o Processo Civil do Distrito Federal e dando outras providências”, embora não tenhamos conseguido localizar a data exata da proposta. Afirmava-se naquela Casa a necessidade de reformar o Decreto 16.273 de 1923, pois a organização da Corte de Apelação não teria correspondido ao propósito de acelerar a marcha dos processos que era o fim principal da reforma. Falava-se da necessidade de aumentar a capacidade de produção da Câmara de Agravos, o que só poderia ser feito com o aumento do número de desembargadores. Alegava-se que a organização atual teria duplicado o serviço da Corte de Apelação, sem cogitar de pessoal para executá-lo.²⁹⁰

O projeto inicial previa a criação de seis novos cargos de desembargador na Corte de Apelação, mas não dispunha sobre o modo de preenchê-los. A Comissão de Finanças da Câmara apresentou emenda ao projeto conferindo ao Governo a faculdade de nomear, livremente, para esses cargos, quaisquer doutores ou bacharéis em direito de notório saber, atestado pela prática da magistratura, ministério público ou advocacia. Essa emenda provocou grande celeuma.

Os magistrados do Distrito Federal encaminharam a representação para a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, alegando ofensa à constituição e aos direitos adquiridos dos atuais juízes de direito que teriam preferência para preenchimento dos novos cargos criados pelo projeto. Essa Comissão, no entanto, emitiu parecer no sentido de que a emenda da Comissão de Finanças não ofendia a constituição e nem feria direitos adquiridos dos signatários da reclamação.²⁹¹

Para entender as discussões, analisaremos alguns argumentos usados pelos deputados, que separamos em diálogos para facilitar a leitura.

Diálogo 1:

²⁹⁰ DIÁRIOS. Câmara dos Deputados. *Pesquisa em Diários, ano 1926*. Disponível em http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp, dia 4 de maio, p. 43-44.

²⁹¹ *Ibidem*, dia 19 de setembro, p. 3182-3187.

O Sr. Raul Machado, relator do parecer na Comissão de Justiça, que aprovou a emenda da Comissão de Finanças, argumentou que a situação era semelhante a do Decreto 16.273 de 1923 que, no art. 339 das disposições transitórias, previu que os desembargadores poderiam ser nomeados livremente pelo Presidente da República, entre os juízes de direito, curadores e promotores.

O Sr. Adolpho Bergamini observou que **era sempre entre juízes**.

O Sr. Raul Machado lembra que o Dr. Moraes Sarmiento não era juiz.

O Sr. Adolpho Bergamini responde: “**era procurador geral**”.²⁹²

Mais uma vez, observa-se a equiparação entre juízes e membros do ministério público.

Diálogo 2:

O Sr. Tavares Cavalcanti, representante da Paraíba, autor da questionada emenda, justificou que a criação de mais cargos de desembargadores foi para proporcionar a criação da terceira câmara e traçar normas que permitissem o andamento mais rápido dos feitos. O modo de investidura nada importava ao andamento dos feitos. Argumentou que inexistia direito adquirido, mas apenas expectativa de direito dos magistrados e que o legislador poderia modificar a forma de nomeação dos desembargadores. Afirmou que **um eminente advogado poderia ser um grande juiz** e citou como exemplos Pedro Lessa, Amaro Cavalcanti, entre outros.

O Sr. Adolpho Bergamini disse que o fim do projeto era dar margem à nomeação dos amigos.

O Sr. Henrique Dodsworth disse ser indiscutível que o governo queria nomear pessoas estranhas à magistratura.

O Sr. Leopoldino de Oliveira questionou porque se deixava a nomeação ao arbítrio do Presidente da República ou porque não se sujeitava essa nomeação à aprovação do Legislativo, por exemplo.

O Sr. Adolpho Bergamini sugeriu que a própria Corte de Apelação, poderia indicar, dentre os advogados, os bacharéis que julgasse de mais merecimento para cargo.

O Sr. Tavares Cavalcanti afirmou que não só na justiça local do Distrito Federal, mas em vários Estados havia **eminentes figuras** que poderiam ser nomeadas desembargadores. Citou também o **Instituto dos Advogados**, “onde há tantas figuras que

²⁹² *Ibidem*, dia 26 de setembro, p. 3413-3415. Ver também dia 19 de setembro, p. 3182-3187.

honram a cultura jurídica do país”.²⁹³ Afirmou ainda, que a maioria dos seus membros aprovou a emenda e admirou-se que alguns tivessem se levantado contra ela. À objeção de que o objetivo da emenda era armar o governo do poder de premiar políticos, dando-lhes colocação, respondeu que se deveria fazer mais justiça às intenções dos nossos dirigentes, lembrando que o Presidente da República da época teria usado com muita propriedade e justiça das faculdades que foram dadas pela última reforma de nomear juizes e desembargadores para o Distrito Federal, como o Sr. Pontes de Miranda. Questionou o horror à nomeação de políticos para esses cargos se havia vários políticos no Brasil que honravam a magistratura.²⁹⁴

Nesse diálogo destaca-se a intenção do autor da emenda de beneficiar os advogados e a desconfiança da oposição em relação às intenções do Presidente da República no momento das nomeações.

Diálogo 3:

O Sr. Tavares Cavalcanti declarou que a emenda foi “inspirada” pelo líder da Câmara, Sr. Vianna de Castelo, que era o presidente da Comissão de Finanças, e aceitou-a, porque a julgou liberal.

O Sr. Baptista Lusardo disse que o Sr. Vianna Castelo, em entrevista dada em um jornal em Belo Horizonte, a respeito do aumento do vencimento dos funcionários, afirmara que **obedecia à determinação do Sr. Presidente da República**. Houve **pedido de urgência** para a discussão do projeto, tão somente para atender aos desejos do Presidente da República.

O Sr. Tavares Cavalcanti alegou que o controle das nomeações era feito pela opinião pública.

O Sr. Adolpho Bergamini desacreditou que o Presidente da República homenagearia a opinião pública às vésperas de deixar o poder. Disse que o Presidente da República não ligava para a opinião pública nem para a Constituição, bastando dizer que não mandara ao Congresso a relação do que fez durante o Estado de sítio.²⁹⁵

Discutiu-se a forma de nomeação dos ministros do STF – feita pelo Presidente da República e sujeita à aprovação do Senado. Os defensores da emenda assemelharam o que

²⁹³ *Ibidem*, dia 23 de setembro, p. 3260.

²⁹⁴ *Ibidem*, dia 23 de setembro, p. 3255-3260.

²⁹⁵ O governo de Artur Bernardes sofreu forte instabilidade política gerada pelas revoltas tenentistas contra as oligarquias dominantes e pelo avanço do movimento operário, o que o levou a governar permanentemente em estado de sítio. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Os Presidentes e a República Deodoro da Fonseca a Dilma Rousseff*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2012, 5ª edição.

exigia a constituição para o preenchimento das vagas do Supremo Tribunal Federal ao modo de preenchimento dos novos cargos de desembargador criados pelo projeto.

O Sr Baptista Lusardo lembrou que três nomeações para ministros do Supremo não foram aprovadas.

O Sr. Tavares Cavalcanti respondeu que era porque os nomeados não eram juristas – eram dois generais e um médico, todos notáveis, cada qual na sua esfera de atividade.

O Sr Baptista Lusardo enfatizou sua estranheza ao pedido de urgência na apreciação do projeto. Esclareceu que o projeto, que figurava na ordem do dia, foi dela retirado em razão de representação dirigida à Câmara pelos magistrados da Capital. Segundo ele, quando assim se sucedia era de praxe se deixarem por longo tempo, às vezes semanas, meses e até anos, no seio das comissões as questões a que ele se referia. Admirou-se que se deixassem, para segundo plano, matérias importantes como o orçamento da guerra, que se encontrava na ordem do dia. O deputado afirmou que os decretos para nomeação dos candidatos já estavam prontos, contendo inclusive, alguns colegas da Casa (assunto que rondava os corredores da Casa); daí a explicação para o pedido de urgência: para premiar alguns amigos.²⁹⁶

Nesse diálogo, o argumento de que a emenda teve a intenção de agradar ao Presidente da República ganha grande força. Cabe ressaltar que o governante do período era Artur da Silva Bernardes, cujo mandato se iniciou em 15 de novembro de 1922 e se encerrou em 15 de novembro de 1926. O Decreto 5.053 foi publicado em 6 de novembro de 1926. Em 11 de novembro de 1926, tomaram posse como Desembargadores da Corte de Apelação do Distrito Federal: Arthur Quadros Collares Moreira, Vicente Ferreira da Costa Piragibe, Eusébio Francisco de Andrade, Armando de Alencar, Arthur Soares de Moura.²⁹⁷ Não tivemos tempo para pesquisar qual era a relação entre os nomes citados e o Presidente da República. Mas as datas apresentadas não parecem mera coincidência.

Após ser bastante debatido, perante as Comissões técnicas e pela tribuna da Câmara dos Deputados, a Comissão de Legislação e Justiça do Senado Federal foi chamada a opinar sobre o projeto, que dispunha:

O Congresso Nacional resolve:

Art. 1º A Corte de Apelação, constituída de vinte e dois desembargadores, se comporá de três Câmaras, das quais duas de apelações e uma de agravos, que

²⁹⁶ *Ibidem*, dia 28 de setembro, p. 3435-3444.

²⁹⁷ Os nomes foram fornecidos pelo Serviço de Pesquisa Histórica do Museu da Justiça do Estado do Rio de Janeiro e constam no *Livro de registro de posse de desembargadores: da Corte de Apelação do Distrito Federal ao Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (1891 – 1974)*, pertencente ao acervo do Museu.

funcionarão como tribunais de última instância, salvo as exceções expressamente determinadas na lei.

Art. 2º As Câmaras de apelações e de agravos serão compostas de sete desembargadores, dos quais um será o Presidente, eleito anualmente.

Art 3º A primeira Câmara será de apelações criminais, a segunda de agravos e a terceira de apelações cíveis.

Parágrafo único: Os desembargadores providos nos seis novos lugares criados na Corte de Apelação serão distribuídos igualmente pelas três câmaras no ato da nomeação.

(...)

Art. 35. O Governo poderá nomear livremente para os cargos de desembargador criados em virtude desta lei, quaisquer doutores ou bacharéis em direito, de notório saber, atestado pela prática da magistratura, ministério público ou advocacia.

(...)

Câmara dos Deputados, 1 de outubro de 1926.²⁹⁸

As discussões se concentraram no ponto da reforma que foi mais impugnado na outra Casa do Congresso e que sofreu as críticas mais severas dos membros da magistratura federal do Distrito Federal²⁹⁹ e, inclusive, por diversos órgãos da imprensa da Capital³⁰⁰ - aquele que aumentava de 16 para 22 o número de juizes da Corte de Apelação, facultando que o provimento dos seis novos lugares criados pudesse ser feitos pelo Governo dentre "os doutores ou bacharéis em direito, de notório saber, atestado pela prática da magistratura, ministério público ou advocacia" (arts. 1º, 3º, parágrafo único e 35 do projeto).

No parecer da Comissão foi reconhecida a necessidade de aumentar o número de juizes da Corte de Apelação, opinando sobre: 1) a maneira proposta para o provimento destes, 2) o número de juizes a aumentar e 3) a nova organização proposta. Segue trecho lido pelo seu Presidente tratando dos dois primeiros aspectos:

Compete ao Congresso Nacional criar e suprimir empregos públicos federais, fixar-lhes as atribuições e estipular-lhes os vencimentos (art. 34, n. 25, da Constituição), tendo também a atribuição implícita compreendida no disposto do n. 30, do citado art. 31, e do art. 67, de organizar a Justiça do Distrito Federal, prescrevendo normas para o provimento dos cargos, cabendo esse provimento privativamente ao Presidente da República (art. 48, n. 5, da Constituição). Portanto, criando novos lugares de juizes na Corte de Apelação e estabelecendo que o Governo fica com a faculdade de nomear para esses lugares - doutores ou bacharéis em direito, de notório saber, atestado pela prática da magistratura, ministério público ou advocacia - usa o Congresso de uma atribuição que, não lhe pode ser contestada.

Mas, objeta-se, pelo art.11, n. 3, da Constituição - é vedado aos Estados, como à União, prescrever leis retroativas, incidindo nessa proibição, limitativa do poder do

²⁹⁸ ANAIS. Senado Federal. *Anais da República. Ano de 1926*. Disponível em www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/RP_AnaisRepublica.asp, Livro 7, p. 36-41.

²⁹⁹ Considerações contra o projeto aumentando o número de desembargadores e autorizando o respectivo provimento por bacharéis em direito foram feitas pelo Srs. Luiz Sampaio Vianna e outros membros da magistratura federal da capital. (ANAIS. Senado Federal. *Anais da República. Ano de 1926*. Disponível em www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/RP_AnaisRepublica.asp, Livro 6, p. 13).

³⁰⁰ Encontramos, em formatos digitalizados, dois periódicos da época, citados nos anais, que publicaram discussões sobre o projeto mencionado: a *Gazeta de Notícias*, de 29 de novembro de 1925, e *O Paiz*. Este, no entanto, estava ilegível. Outros periódicos históricos digitalizados podem ser encontrados em BRASIL, Biblioteca Nacional Digital. *Hemeroteca digital brasileira*. Disponível em <http://hemerotecadigital.bn.br/>.

Congresso, a faculdade que o art. 35 do projeto concede ao Governo de nomear pessoas estranhas à classe dos juizes de direito, na ordem da antiguidade absoluta, para terem exercício na terceira Câmara e sucessivamente na segunda, e na primeira *a medida que se derem as vagas*.

Na hipótese, nenhuma vaga existe. A expressão - vaga - traduz, tem forçosamente de traduzir a preexistência de um espaço, de um lugar, que por outrem tenha sido ocupado e que dele, por qualquer motivo - morte, aposentadoria, demissão, disponibilidade, avulsão, etc., tenha sido afastado, *abrindo a vaga*. Mas, assim não entendem os que se julgam prejudicados. Proclamam, com falseamento evidente da língua e do direito, que os lugares agora criados também constituem vagas, embora sem ocupantes anteriores e asseveram que, lhes cabe obrigatoriamente ocupar os novos lugares no uso o gozo de um direito adquirido, que não pode ser alterado ou anulado pelo projeto. Como exercer direitos adquiridos sobre cargos a serem criados, cargos novos, que anteriormente não existiam? Um fato jurídico a suceder não gera nunca direitos adquiridos, que somente podem ser invocados em relação a fatos já sucedidos. Convertido em lei o projeto, providos os lugares que afinal venham a ser criados, depois desse provimento, que pode ser feito nos termos autorizados, os atuais juizes do distrito terão direitos adquiridos às vagas que, porventura, ocorrerem na Corte de Apelação? Parece que não. (...)

Pretender que o Congresso Nacional não possa alterar como entenda conveniente ao interesse público, as condições de acesso, os requisitos de promoção, é absurdo, indefensável. Seria obstar ao Legislativo o exercício de uma atribuição constitucional. (...) ³⁰¹

Algumas vozes, no entanto, divergiram do parecer do Relator. Vejamos:

1) Determinado Senador (não conseguimos identificá-lo) considerava que era desnecessário o aumento do número de desembargadores e que os inconvenientes do sistema vigente (do Decreto 16.233 de 1923) poderiam ser removidos conservando o mesmo número de desembargadores. Contra o art. 35 da proposição, levantou-se, segundo ele, **os juizes da Corte de Apelação, pelo voto unânime dos seus membros**, já que as disposições vigentes, determinavam que os lugares de desembargadores fossem providos pelos juizes de direito, na ordem de antiguidade, em face do que, os magistrados se julgavam com **direito à promoção** aos novos cargos, criados pelo projeto, observada a legislação. Argumentou que a medida que excluía a promoção dos juizes de direito aos novos lugares de desembargadores, era profundamente injusta e prejudicial aos interesses da justiça. Para ele, a promoção era a única aspiração dos magistrados, que viam na Corte de Apelação o fim da sua carreira, e à justiça convinha que o Tribunal Superior do Distrito Federal fosse composto de magistrados com longa prática de julgar, como os juizes de direito. Por isso, propôs a supressão do art. 35 do projeto da Câmara. ³⁰²

2) O Sr. Benjamim Barroso discordou da opinião do Relator, quando este disse que, na hipótese, não havia vagas. Assim, os lugares criados com o aumento dos cargos de desembargadores não eram lugares novos, porque eram eles caracterizados por lugares que já

³⁰¹ ANAIS. Senado Federal. *Anais da República. Ano de 1926*. Disponível em www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/RP_AnaisRepublica.asp, Livro 7, p. 132-136.

³⁰² *Ibidem*, p. 249-296.

existiam pela denominação e pela função e o exercício de cada um. Lembrou que desde o Decreto 1.030 de 1890 que se estipulava que a Corte de Apelação se constituía sempre mediante promoção dos juizes de direito. Conforme todas as leis de organização judiciária, os desembargadores eram nomeados dentre os juizes de direito na ordem da antiguidade absoluta, relativamente aos nomeados na vigência do Decreto 9.263, de 1911, e por antiguidade e merecimento para os nomeados sob a vigência do Decreto 16.273 de 1923. Nas suas palavras, essa era “**uma tradição inviolável**” e se cogitava de realizar no Distrito Federal “como em nenhuma parte do Brasil jamais assim se tentou proceder”.

Ressaltou o esforço do relator do parecer da Comissão de Justiça em demonstrar a inexistência de direito adquirido pelos juizes de direito ao acesso à Corte de Apelação. Mas, segundo ele, a questão de haver ou não haver direito adquirido era “*por sua essência, judiciária*” e cumpria ser por autoridade judiciária decidida. Para exemplificar seu argumento citou o Decreto 16.273, de 30 de dezembro de 1923, que nas disposições transitórias, dizia: “O Governo preencherá as vagas, nomeando os desembargadores dentre os juizes e membros do Ministério Público”. Segundo ele, este decreto, quando foi posto em execução, ainda na direção da Pasta da Justiça o Sr. João Luiz Alves, “teve de passar por uma interpretação falsa, de maneira que o Governo não nomeou os juizes dentro do quadro de juizes, e foi buscar fora pessoa estranha para preencher lugares”, e três vezes os juizes de direito preteridos, reclamaram contra essas nomeações. Moveram uma ação judicial, que foi vitoriosa em primeira instância. O Executivo e o Congresso, reunidos, ressaltaram o direito desses juizes, fazendo a Lei 4.988, de 8 de janeiro de 1926, equiparando os vencimentos de todos os juizes, que até então não estavam equiparados, mandando contar a antiguidade e declarando que as promoções dali por diante, fossem feitas por antiguidade.

O senador defendeu a boa fé da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, que apresentou este projeto sem estipular a maneira como deveriam ser providos os desembargadores novos, e afirmou que na Comissão de Finanças daquela Casa do Congresso os interesses pessoais e o egoísmo individual bateram às suas portas e de lá saiu o projeto com “esse artigo monstruoso, em que se violam direitos dos juizes”.³⁰³

3) Diante da discussão, o Sr. Paulo de Frontin propôs a seguinte emenda sobre o tema:

Art. 35. O Governo poderá para as primeiras nomeações dos seis cargos de desembargadores, criados em virtude desta lei os escolher livremente entre doutores ou bacharéis em direito, de notório saber, atestado pela prática **das magistraturas**,

³⁰³ *Ibidem*, p. 351- 366.

federal ou estaduais, do ministério público ou da advocacia, ou entre os juizes de direito da Justiça local, estes, porém, de conformidade com o disposto no art. 3º do decreto legislativo n. 4.988, de 8 de janeiro de 1916. (destacamos)³⁰⁴

A Comissão de Legislação e Justiça do Senado, após dar o parecer sobre a maneira proposta para o provimento dos novos cargos de desembargadores e o número de juizes a aumentar (aspectos 1 e 2 supra citados), propôs nova organização para a Corte de Apelação, conforme a emenda abaixo:

O parágrafo único do art. 3º será substituído pelos dois parágrafos seguintes:

§ 1º As atuais quatro câmaras de Apelação ficarão fundidas em duas.

§ 2º Os desembargadores providos nos seis novos lugares criados na Corte de Apelação terão exercício: quatro na Câmara de Agravos e dois, um em cada uma das Câmaras de Apelação **sendo a respectiva designação feita pelo Presidente da República. (destacamos)³⁰⁵**

Esta proposta também gerou descontentamento.

O Sr. Benjamin Barroso insinuou que a Comissão de Justiça do Senado, sentindo que o objetivo da emenda era a **intervenção acintosa do governo no tribunal**, organizando-o a sua feição, determinou na emenda acrescida, que “os desembargadores providos nos seis novos lugares criados na Corte de Apelação serão distribuídos igualmente pelas três câmaras, no ato da nomeação”(sic)³⁰⁶. Em sua opinião, no entanto, a simples inclusão de um indivíduo em um tribunal poderia nele produzir a modificação radical de sua jurisprudência; logo, tanto fazia um como seis.³⁰⁷

Aprovada, em votação, esta emenda, o Sr. Moniz Sodré, insatisfeito, disse que ela continha um “atentado inominável (...), qual o de deixar ao **arbítrio do Chefe da Nação** a designação de juizes em nosso país.”³⁰⁸ E completou:

(...) ao Executivo só cabe a função de nomear o individuo que deva preencher essas funções. Como é que vamos criar diversos lugares e vamos dizer que o Presidente da República é que tem competência para fazer a designação das Câmaras em que devam funcionar? Não é darmos ao Chefe da Nação um arbítrio inoportável, não só em face da nossa Constituição, que não permite as delegações verdadeiramente absurdas, como ainda contrário a todos os princípios gerais que regem a matéria em questão?³⁰⁹

A redação final das emendas do Senado à proposição da Câmara dos Deputados, após analisada pelas Comissões de Constituição e de Redação, foi enviada a outra Casa. A

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 405.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 261.

³⁰⁶ Comparando o art. 3º, parágrafo único da citação feita na p. 110 e o § 2º da emenda acrescida pelo Senado, percebe-se que a distribuição dos desembargadores pelas câmaras passou a ser desigual.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 351- 366.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 396.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 397.

Câmara não deu assentimento a várias emendas e expediu ofício devolvendo a proposição ao Senado, requerendo urgência para sua discussão e votação.³¹⁰

A redação final apresentada pela Câmara dos Deputados, com as emendas do Senado foi:

Art.1º A Corte de Apelação, constituída de vinte e dois desembargadores, se comporá de três Câmaras; das quais duas de apelações e uma de agravos, que funcionarão como tribunais de última instância, salvo as exceções expressamente determinadas na lei.

Art. 2º As câmaras de apelações e de agravos serão compostas de sete desembargadores, dos quais um será o presidente, eleito anualmente.

Art. 3º A primeira Câmara será de apelações criminais, a segunda de agravos e a terceira de apelações cíveis.

§ 1º As atuais quatro Câmaras de Apelação ficarão fundidas em duas.

§ 2º Os desembargadores providos nos seis novos lugares criados na Corte de Apelação terão exercício: quatro na Câmara de Agravo e dois, um em cada uma das Câmaras de Apelação; sendo a respectiva designação feita pelo Presidente da República.

(...)

Art. 34. O Governo poderá para as primeiras nomeações dos seis cargos de desembargadores, criados em virtude desta lei os escolher livremente entre doutores ou bacharéis em direito, de notório saber, atestado pela prática das magistraturas, federal ou estaduais, do Ministério Público, ou da advocacia, ou entre os juizes de direito da justiça local, estes, porém, de conformidade com o disposto no art. 3º do decreto legislativo n. 4.988, de 8 de janeiro de 1926.

Sala da Comissão de Redação em 30 de outubro de 1926. *Thomaz Rodrigues. - Godofredo Vianna. – Eurípides de Aguiar*³¹¹

Submetida à sanção, essa redação foi mantida no Decreto 5.053 de 6 de novembro de 1926.

Como se observa, as questões mais debatidas foram a ofensa ao direito de promoção dos juizes de carreira e o arbítrio conferido ao Presidente da República para a escolha dos desembargadores. A capacidade ou não dos advogados e membros do Ministério Público de julgarem como juizes pouco foi mencionada. Aliás, os julgamentos por essas pessoas já vinham ocorrendo em primeira instância.

Durante todo o período de elaboração do projeto de reorganização judiciária do Distrito Federal, o tema foi debatido também no **IOAB**. Cabe ressaltar que, conforme relato do seu Presidente, Sá Freire, numa das últimas sessões de 1925, o Presidente da Corte de Apelação, Astoulpho de Paiva, convidou o Instituto a nomear uma comissão para estudar as emendas necessárias à reforma judiciária.³¹² O Instituto enviou um projeto à Câmara dos

³¹⁰ *Ibidem*, p. 586.

³¹¹ *Ibidem*, p. 597.

³¹² IAB, Atas. *Sessões ocorridas nos anos de 1924 a 1926*, encadernadas pelo Instituto dos Advogados Brasileiros do Rio de Janeiro, sessão de 29/04/1926.

Deputados. Posteriormente, o senador Sampaio Correa, apresentou emenda sugerida pelo IOAB.³¹³ O parecer apresentado pelo IOAB ao Congresso sobre a reorganização judiciária do Distrito Federal foi, em essência, aproveitado no texto do Decreto publicado.³¹⁴

Na análise das revistas e atas do Instituto, duas constatações chamaram nossa atenção. A primeira que não encontramos nenhum debate a respeito da regra de participação dos advogados como desembargadores.³¹⁵

A segunda que, relacionado ao tema da reorganização judiciária do Distrito Federal, quase sempre, se mencionava o fato de que o Presidente da Corte de Apelação prometera ao Presidente do IOAB, uma sala privativa aos advogados no Palácio da Justiça, que estava sendo construído para abrigar a nova Corte.³¹⁶

Na sessão de 15/07/1926, Sá Freire comunicou ao Instituto que o Presidente da Corte de Apelação convidara seus membros a visitar o Palácio da Justiça do Distrito Federal.³¹⁷ Em sessão de 4/11/1926, o Presidente do IOAB comunicou que a mesa e vários sócios visitaram o Palácio e o Presidente da Corte fez a entrega ao Instituto de ampla sala no quarto andar para uso dos membros do Instituto, designando, também, no primeiro andar a sala dos advogados.³¹⁸

O Palácio foi inaugurado em cerimônia realizada num sábado, dia 6 de novembro de 1926, - data da publicação do Decreto 5.053 – conforme se pode constatar pelo noticiário dos jornais da época, embora na ata de inauguração conste a data de 7 de novembro de 1926.³¹⁹ Na sessão de 09/11/1926, Sá Freire recordou ao Instituto a solenidade de inauguração e a “alta

³¹³ “Substituam-se os arts. 1º e 2º pelo seguinte:

Art. A Corte de Apelação se compõe de 22 desembargadores, sendo um o seu Presidente dividida em seis câmaras, a saber: duas cíveis, duas criminais e duas de agravos constituídas cada uma por três juizes funcionando sob a presidência de um, que presidirá duas Câmaras e que *só votará na hipótese de faltar um dos juizes.*

Parágrafo. Em caso de embargos, segundo a natureza do recurso, reunir-se-ão em tribunal para julgamento as duas câmaras respectivas sob a presidência do presidente da corte.

Sala das sessões, 20 de outubro de 1926 – *Sampaio Correa.*”

(ANAI. Senado Federal. *Anais da República. Ano de 1926.* Disponível em www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/RP_AnaisRepublica.asp, Livro 8, p. 70.)

³¹⁴ As conclusões aprovadas pelo IOAB a respeito do tema foram publicadas na Gazeta de Notícias de 29 de novembro de 1925 e podem ser consultadas em http://memoria.bn.br/pdf2/103730/per103730_1925_00283.pdf, p. 13.

³¹⁵ Na ata da sessão de 02/09/1926 faz-se apenas menção à nomeação livre de desembargadores. IAB, *Atas. Sessões ocorridas nos anos de 1924 a 1926*, encadernadas pelo Instituto dos Advogados Brasileiros do Rio de Janeiro.

³¹⁶ *Ibidem*, sessões de 16/07/1925, 31/07/1925, 07/08/1925, 13/08/1925, 20/08/1925, 27/08/1925, 03/09/1925, 17/09/1925/09/1925, etc.

³¹⁷ *Ibidem.*

³¹⁸ *Ibidem.*

³¹⁹ PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. Antecedentes do TJDF (1602 - 1808). A notícia da inauguração do novo Palácio da Justiça pode ser lida no jornal Folha da Manhã, do dia 7 de novembro de 1926, primeiro caderno, disponível em <http://acervo.folha.com.br/fdm/1926/11/07/141/>.

distinção recebida pelo Instituto cujo Presidente foi convidado a sentar-se ao lado do Sr. Desembargador Presidente da Corte de Apelação, em posição correspondente a do Sr. Ministro da Justiça, o que demonstra o alto apreço desta corporação.”³²⁰ Astoupho Nápoles de Paiva esteve presente na sessão de 11/11/1926 do Instituto, a quem se agradeceu a destinação de duas salas do Palácio da Justiça aos advogados. O desembargador, em longo discurso, disse que isso significava o conagraçamento da classe da magistratura com a dos advogados e terminou dizendo que procuraria fazer tudo para que mais se intensificasse essa aproximação, “com que só terá que lucrar a justiça”.³²¹

Fica evidente, como se percebe, a proximidade entre os membros do IOAB e Presidente da Corte de Apelação do Distrito Federal.

Destaca-se, por fim, que o **Presidente da República**, Arthur da Silva Bernardes que assinou o decreto, juntamente com Affonso Penna Junior, em mensagem apresentada ao Congresso Nacional em 1926³²² tratou da necessidade de reformar o Decreto 16.273, tendo em vista que a organização da Corte de Apelação não havia correspondido ao propósito de acelerar a marcha dos processos, que era o fim principal daquela reforma. Destacou defeitos na organização da Corte que tornava moroso e difícil o andamento das causas na instância superior e afirmou ser necessário aumentar a capacidade de produção da Câmara de Agravos, o que só poderia ser feito com o aumento do número de desembargadores existentes, “quer seja criada uma segunda câmara, quer seja constituída a atual com seis membros em vez de três”. Acreditava que corrigida essa deficiência da organização e modificadas algumas outras disposições daquele decreto e dos códigos do processo, o acúmulo de processos na segunda instância desapareceria e as causas poderiam ter andamento rápido e eficaz. Nas palavras de Arthur Bernardes, “a demora na conclusão das obras do Palácio da Justiça, resultou das alterações que o plano geral da construção teve que sofrer em virtude da recente reforma judiciária, que aumentou o número de câmaras da Corte de Apelação e criou varas e ofícios de justiça para os quais foi necessário preparar localização no edifício”.

Como se vê, nada comentou sobre a regra de nomeação pelo Governo dos novos cargos de desembargador criados, o que era previsível.

³²⁰ IAB, Atas. *Sessões ocorridas nos anos de 1924 a 1926*, encadernadas pelo Instituto dos Advogados Brasileiros do Rio de Janeiro.

³²¹ *Ibidem*.

³²² Mensagem apresentada ao Congresso Nacional na abertura da terceira sessão da décima segunda legislatura pelo Presidente da República Arthur da Silva Bernardes. Rio de Janeiro: 1926.

3.8.2 Organização judiciária dos Estados³²³

Quanto à organização da justiça nos Estados, Victor Nunes Leal³²⁴ informa que durante a primeira República, na segunda instância, funcionavam os tribunais que substituíram as antigas Relações do império. Os nomes variavam: Tribunal da Relação no Rio de Janeiro, Corte de Justiça no Espírito Santo, Tribunal Superior em Alagoas, Tribunal Superior de Justiça no Pará, etc. As mudanças de denominação também não eram raras: No Ceará era Tribunal de Apelação pela Constituição de 1890 e 1891, Tribunal da Relação pela de 1892 e Superior Tribunal de Justiça pela de 1921. Após a Revolução de 1930 o nome veio a ser uniformizado para Corte de Apelação no regime de 1934.

Ele explica que como era permitido criar juízes de investidura temporária, suscetíveis ou não, de adquirir estabilidade ou vitaliciedade em caso de recondução, alguns deles se recrutavam por via eletiva (PE, ES, PR). A denominação desses juízes variava e nem todos eram temporários. Chamavam-se juízes municipais (AM, MA, SE, RJ), juízes substitutos (PA, MA, CE, MG), suplentes do juiz de direito (MT), juízes distritais (PI, RN, PR, RS, GO) ou de distrito (PE, AL) Os juízes de origem representativa eram frequentemente os mais envolvidos na atividade político-partidária.³²⁵

No mesmo sentido, o Dr Nilo C L de Vasconcelos, em 1930, escreveu que,

³²³ Criação dos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal em ordem cronológica:

Corte de Apelação do Distrito Federal (Criada em 9/3/1891)

Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Criado em 4/6/1891)

Superior Tribunal de Justiça do Pará (Criado em 19/6/1891)

Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro (Criado em 15/7/1891)

Superior Tribunal de Justiça do Paraná (Criado em 1/8/1891)

Superior Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Criado em 1/10/1891)

Superior Tribunal de Justiça do Piauí (Criado em 1/10/1891)

Superior Tribunal de Justiça do Mato Grosso (Criado em 10/10/1891)

Tribunal de Justiça de São Paulo (Criado em 8/12/1891)

Tribunal da Relação do Estado de Minas Gerais (Criado em 16/12/1891)

Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Criado em 8/3/1892)

Superior Tribunal de Justiça de Alagoas (Criado em 1/6/1892)

Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (Criado em 1/7/1892)

Tribunal da Relação do Ceará (Criado em 12/7/1892)

Tribunal de Apelação e Revista da Bahia (Criado em 8/8/1892)

Superior Tribunal de Justiça do Amazonas (Criado em 4/11/1892)

Superior Tribunal de Justiça do Sergipe (Criado em 29/12/1892)

Superior Tribunal de Justiça de Goiás (Criado em 1/1/1893)

Supremo Tribunal de Justiça da Paraíba do Norte (Criado em 23/2/1893)

Fonte: PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. *Antecedentes do TJDF* (1602 - 1808). Disponível em

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/centro-de-memoria-digital/historico/antecedentes>

³²⁴ LEAL, Victor Nunes. *O Poder Judiciário in Brasil 1900-1910*. V 1. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, 1980.

³²⁵ *Ibidem*.

Com relação à justiça dos Estados as leis de organização judiciária variavam muito: No que respeita a divisão territorial, algumas Unidades da Federação adotam a designação de comarcas, outras de Distritos, Termos ou Municípios. Aqui [Distrito Federal] se dá a denominação de Pretoria. Em cada Estado há um tribunal superior com número variável de membros, que geralmente se chamam desembargadores. Alguns desses tribunais são indivisos, isto é, os membros funcionam conjuntamente; outros porém, são divididos em comarcas civis e criminais e de agravos, tais como a nossa Corte de Apelação, Tribunais de Justiça de São Paulo e Relação de Minas Gerais. Por estes três exemplos se vê como são variados os nomes dos tribunais; uns se denominam Relação, outros simplesmente tribunal, finalmente o nosso que se chama Corte de Apelação. Os juizes singulares tomam geralmente o nome de juizes de direito, substitutos, distritais ou municipais (...). Pelo respeito aos princípios constitucionais gozam os juizes estaduais das mesmas vantagens que os federais, isto é, são vitalícios, inamovíveis e tem vencimentos irredutíveis.(...) Relativamente às condições de investidura e acesso dos juizes dentre os vários sistemas tais como o da eleição popular, o da livre nomeação pelo poder executivo e outros (...) vigora entre nós o da nomeação pelo executivo mediante concurso. (...)³²⁶

Quanto à nomeação de magistrados, Andrei Koerner informa que os estados adotaram, na maioria, o sistema da sua livre nomeação pelo presidente do Estado. Segundo o autor, as objeções ao sistema eletivo eram muitas: desde o perigo para a estabilidade política, representado pela fragmentação do poder político entre juizes locais eleitos, até críticas à incompetência profissional, à corrupção e ao facciosismo político dos juizes de paz. Os críticos da livre nomeação dos juizes pelo governo tomavam as objeções levantadas pelos liberais no período imperial a esse sistema e pretendiam instituir o sistema de concursos e a nomeação de magistrados pelos tribunais superiores. Contra essas propostas era argumentado que se o sistema de concurso era apto para verificar a aptidão científica do candidato, não possibilitava a verificação da sua qualificação moral para o cargo, e que a nomeação dos magistrados pelos membros do tribunal de justiça possibilitaria a submissão do estado a uma casta de magistrados. O próprio autor, no entanto, ao pesquisar a organização judiciária de São Paulo constatou que pela Lei 80 de 25 de agosto de 1892 os juizes de direito eram nomeados pelo presidente do estado após realização de concurso. Essa exigência foi abolida pela Lei 1084 de 1907. A reforma de 1921 restaurou o concurso para provimento inicial dos juizes.³²⁷

Andrei Koerner também observa que a rejeição às propostas liberais de organização judiciária atingia, ainda, os critérios para promoção dos juizes. O princípio da antiguidade pura para a promoção fora posposto várias vezes durante o império como forma de evitar a dependência dos magistrados em relação ao governo. A este sistema era oposto o do

³²⁶ BIOAB, 1930, p. 216-217.

³²⁷ KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

merecimento, o qual era defendido como a única forma de incentivar os juízes ao trabalho e estudo. Porém, apesar de aparentar a adoção de um critério moderno de mérito para as promoções, essa forma de nomeação permitia, no sistema de compromisso do coronelismo, que as vagas das comarcas superiores e dos tribunais fossem preenchidas a partir de critérios de troca de favor entre magistrados e governantes. O controle do mecanismo de promoção pelo governo do estado era também um importante meio de dissuasão de eventuais conflitos entre os juízes e os poderes locais.³²⁸

Destaca-se, por fim, regra prevista na Constituição Estadual da Bahia, considerando o texto consolidado até 1929. Essa carta dispôs que os juízes do Superior Tribunal de Justiça do Estado seriam nomeados pelo Governador a partir de uma lista formada pelo Tribunal entre os juízes que tivessem pelo menos seis anos de exercício e fossem habilitados em concurso. Contudo, na hipótese de inexistência de inscrição de número suficiente, ou insuficiência de aprovação, seria aberto novo concurso, para o qual poderiam se candidatar não somente os juízes, mas, também, os **doutores e bacharéis em Direito**, que fossem elegíveis para o Senado Estadual e contassem com mais de dez anos **no exercício da advocacia, de cargos do Ministério Público, ou de magistério superior nas Faculdades de Direito do País**.³²⁹

3.9 O Ministério Público

O Decreto 848 de 1890 dispôs sobre a estrutura do Ministério Público Federal que foi representado nas duas esferas da Justiça Federal, pelo Procurador Geral da República, que atuaria no STF, e pelos procuradores seccionais, um cada Estado. Ao Ministério Público competia, nas palavras de Campos Salles, “velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela couber”.³³⁰ O decreto previa no art. 6º que o Procurador Geral da República seria nomeado

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ Conforme o art. 70 e § 1º do referido diploma: “Art. 70. Os juizes do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Governador do Estado, com aprovação do Senado, mediante proposta do mesmo Tribunal, em uma lista com três nomes tirados dentre os Juizes de Direito que tiverem pelo menos seis anos de efetivo exercício e se houverem habilitado em concurso com boas provas de idoneidade moral e intelectual. § 1º Se ao concurso não se inscreverem, ou se, inscritos, não lograrem habilitar-se candidatos em numero suficiente para a lista da proposta, abrir-se-á imediatamente outro concurso, para o qual se poderão candidatar não somente juizes, mas também doutores ou bacharéis em Direito, que sejam elegíveis para o Senado e contem mais de dez anos no exercício advocacia, de cargos do Ministério Público, ou do professorado superior nas Faculdades de Direito do País.”

³³⁰ PODER JUDICIÁRIO. *Conselho da Justiça Federal. Justiça Federal. Legislação*. Brasília, 1993, p. 18.

pelo Presidente da República entre os membros do Supremo Tribunal Federal³³¹, sendo, conseqüentemente um bacharel em direito. Seus vencimentos eram inclusive os mesmo dos demais membros do STF. Quanto aos procuradores seccionais, seus vencimentos eram inferiores à metade dos vencimentos dos juízes seccionais (art. 33).³³²

A Constituição de 1891 só fez menção ao “Ministério Público” no art. 58, § 2º que estabelecia que o Presidente da República designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e suas atribuições seriam reguladas em lei.³³³ Percebe-se que o Procurador da República substituiu o antigo Procurador da Coroa existente no império.

Durante a vigência da Carta de 1891, o Ministério Público Federal teve sua organização alterada algumas vezes. A primeira delas foi a Lei 18, de 21 de novembro de 1891, sendo que o Ministério Público, segundo João Francisco Sauwen Filho foi alvo de muitas críticas:

Essa lei, ainda em sua fase de elaboração no Congresso Nacional, foi alvo de um parecer do eminente jurista João Monteiro, então Relator do Projeto na Comissão de Justiça do Senado e que recebeu o nº 17, onde aquela autoridade criticou severamente a largueza do campo de atuação do Ministério Público, alertando para uma hipertrofia que o transformaria em um “corpo abundantemente musculoso de potentíssima tutela”, vendo-o como uma intromissão indevida em áreas onde o interesse privado deveria prevalecer em relação aos interesses públicos, reprovando a ingerência do Estado no domínio do Direito Público (*sic*).³³⁴

Outras alterações no Ministério Público Federal foram feitas com a Lei 221 de 20 de novembro de 1894 e, posteriormente, com a Consolidação de normas da justiça federal, organizada, em 1922, por Candido de Oliveira Folho. De acordo com a consolidação, cada seção da justiça federal tinha um procurador (salvo no Distrito Federal, que tinha cinco); este era auxiliado em cada município por um ajudante de procurador (sendo dois adjuntos no

³³¹ “Art. 6º O Presidente da República nomeará um dos membros do Supremo Tribunal Federal para exercer as funções de Procurador Geral da República”.

³³² O Decreto 848 estabelecia que os vencimentos dos membros do STF eram 8:000\$000. Os vencimentos dos juízes de seção e dos procuradores seccionais variavam de acordo com os estados. No caso do Distrito Federal, por exemplo, os vencimentos daqueles eram 14:000\$000 e destes 6:000\$000.

³³³ “Art. 58 - Os Tribunais federais elegerão de seu seio os seus Presidentes e organizarão as respectivas Secretarias. (...) § 2º - O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei”.

Júlio Aurélio Vianna Lopes observa que, embora o art. 58, § 2º constasse no título “Do Poder Judiciário”, o Ministério Público era órgão do Poder Executivo, já que a nomeação e a demissão do Procurador-Geral da República era feita pelo Presidente, dentre os membros do STF e cabia ao Ministério Público o cumprimento de ordens do Governo e a defesa dos bens e interesses da União (além da acusação criminal pública, exercida sem exclusividade). LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania. O novo Ministério Público Brasileiro*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2000.

³³⁴ SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 130.

Distrito Federal), uns e outros nomeados pelo Presidente da República, e ainda havia os solicitadores da Fazenda Pública nomeados pelo Ministro da Fazenda (arts. 164, 165, 168, 184). Com o tempo, outras modificações seriam feitas, criando-se novos lugares de Procurador da República (São Paulo, Minas Gerais, Distrito Federal...), às vezes com especialização, como o procurador da propriedade industrial, procuradores e adjuntos do departamento nacional do trabalho, etc.³³⁵

Nos Estados, segundo Victor Nunes Leal, a organização do Ministério Público foi mais ou menos uniforme. À semelhança ao procurador-geral da república que a constituição de 1891 mandava recrutar pelo chefe do governo dentre ministros do STF, diversas constituições estaduais impunham nomear-se o procurador-geral dentre os desembargadores (CE, RN, SE, SC, RS, MG, GO, MT). Algumas admitiam sua escolha entre juízes ou advogados (AM, PA, PI), entre juízes, advogados e promotores (MA), somente entre advogados (AL, RJ) ou preferencialmente entre estes (BA). Uma delas transferia o problema para a lei ordinária (PE), enquanto outras assim procederam por omissão (PB, ES, SP, PR).³³⁶ De acordo com Jorge Batista Fernandes, em razão de serem nomeados e demitidos livremente, os membros do Ministério Público local eram utilizados como instrumento de ação partidária.³³⁷

No Distrito Federal, o Ministério Público foi organizado pelo Decreto 1.030 de 1890. Em sua exposição de motivos, o ministro Campos Sales defendeu que o Ministério Público, fiscal da lei e representante da sociedade, era necessário ao lado do juiz. Sua missão não era inspecionar o magistrado, mas defender os direitos e interesses da comunhão social. Em nome do direito social, ele promoveria a repressão de todas as violações das leis de ordem pública; em nome do interesse social, ele defenderia os direitos dos incapazes ou inibidos de comparecer em juízo. Para Campos Sales, a independência recíproca do poder judicial e do ministério público era uma necessidade orgânica e funcional. Campos Sales criticou o “estado de desorganização do ministério público” herdado da monarquia: “Um juiz acumulando as funções de procurador geral; promotores a denunciarem e acusarem os criminosos; curadores a oficiarem perante alguns juízes de direito (...) sem nenhum sistema que estabelecesse a subordinação hierárquica, a harmonia das atribuições ou a unidade da ação.”³³⁸ O ministro

³³⁵ LEAL, Victor Nunes. *Justiça Ordinária Federal in Revista brasileira de estudos políticos. Número especial sobre poder judiciário no Brasil*. 34 julho de 1972. Universidade Federal de Minas Gerais.

³³⁶ LEAL, Victor Nunes. *O Poder Judiciário in Brasil 1900-1910*. V 1. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, 1980.

³³⁷ FERNANDES, Jorge Batista. *Interdito proibitório: cidadania e justiça no Brasil Republicano (1890-1916)*. Tese (doutorado) – Universidade do Estado Do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2009.

³³⁸ Exposição de motivos do Decreto 1030 de 14 de novembro de 1890 que organiza a justiça no Distrito Federal.

declarou incompatíveis os cargos de ordem judiciária e do ministério público entre si e com quaisquer outras funções públicas, definiu as atribuições dos seus funcionários e estabeleceu que todos eles, exceto os curadores, teriam vencimentos fixos e não perceberiam custas.³³⁹

O decreto estabelecia que o procurador geral e sub-procurador do distrito seriam nomeados vitaliciamente pelo Presidente da República, sobre proposta do Ministro da Justiça (art. 23). Os promotores públicos e curadores deveriam ter as qualidades requeridas para pretor e seriam nomeados pelo Ministro da Justiça, sobre proposta do procurador geral do distrito (art. 24). Para ser pretor, a lei exigia a graduação em direito e prática jurídica (art. 16)³⁴⁰ Os adjuntos dos promotores seriam nomeados pelo procurador geral do distrito, com aprovação do Ministro da Justiça, preferindo os que tivessem “título de exame” (art. 25).

Posteriormente, o Decreto 2.597 de 16 de agosto de 1897 completou as disposições regulamentares do Decreto 1.030 de 1890 na parte relativa à competência da justiça local do Distrito Federal.³⁴¹ Segundo Amaro Cavalcanti, relator do projeto e Ministro da Justiça da

³³⁹ Quanto às atribuições dos funcionários foi definido que: “Ao procurador geral do distrito conferi a inspeção e autoridade disciplinar sobre todos os agentes do ministério público, com a atribuição de expedir-lhes ordens e instruções a bem do serviço; a qual é igualmente exercitada, pelo subprocurador em relação aos curadores e promotores, e por todos estes em relação aos adjuntos.

Oficia o procurador geral junto à Corte de Apelação, e o subprocurador, seu 1º substituto, junto ao tribunal civil e criminal, onde é substituído, nos impedimentos, pelos curadores e promotores na ordem designada, pelo procurador.

Três curadores officiam junto à câmara civil nas causas em que forem interessados órfãos, ausentes e sobre resíduos; um junto à câmara comercial nas massas falidas; os três promotores no júri e na câmara criminal; e todos se substituem reciprocamente na ordem designada pelo subprocurador.

O serviço do ministério público nas pretorias e juntas correcionais é dividido entre os promotores e curadores, e sete adjuntos.

Todos devem comunicar as ocorrências graves ao superior hierárquico e a este cumpre officiar em todos os assuntos que exijam a sua intervenção.

O procurador geral deve anualmente apresentar ao Governo um relatório de todos os serviços.

É dada ao ministério público a atribuição de inspecionar os cartórios dos tabeliães e officias do registro; e recomendado o encargo de visitar as prisões e hospícios, e requerer o que for a bem da justiça e dos deveres de humanidade.

Os curadores têm a obrigação de prestar o seu patrocínio gratuito aos réus pobres que não tiverem defensor perante o júri ou a câmara criminal.” (*Ibidem*).

³⁴⁰ “Art. 16. Só pode ser nomeado pretor o cidadão brasileiro que for graduado em direito, e provar haver bem exercido, durante dois anos, pelo menos, a judicatura, o ministério público ou a advocacia, preferindo o que tiver título de exame ou habilitação”.

³⁴¹ No seu art. 43, parágrafo único abordava a composição do Ministério Público: “Art. 43. O ministério público é, perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações de direito. Parágrafo único. O ministério público compõe-se de: 1 procurador geral; 1 subprocurador; 4 curadores - 1 de órfãos, 1 de ausentes, 1 de resíduos e 1 de massas falidas; 3 promotores públicos; e 7 adjuntos de promotor (Dec. n. 2464, art. 11)”.

época, foi o decreto 1030 que tornou o Ministério Público uma instituição³⁴² que se constituía “um dos progressos da civilização moderna”.³⁴³

A instituição sofreu outra alteração com o Decreto 1.3273, de 20 de dezembro de 1923, que alterou a Justiça do Distrito Federal, pondo em vigor o novo Código de Organização Judiciária. Na Exposição de Motivos, da lavra de Chrysólito de Gusmão, criticava-se a dependência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo:

Tão amplas eram as atribuições do Ministério Público e tão acentuada era sua liberdade de ação, que o Ministro Alfredo Valladão, comentando as características da Instituição, afirmou que o *Parquet* se apresentava no ordenamento jurídico com a forma de um verdadeiro poder de Estado (...)

Não obstante essa apreciação de Alfredo Valladão, sobremodo elogiosa à Instituição, na verdade, a nomeação discricionária e demissão *ad nutum* de seu chefe pelo Presidente da República, na forma do comando do § 2º do Art. 58 da Carta Constitucional de 1891, desencorajava qualquer ação independente por parte do Ministério Público, que permanecia amorfo e sem vitalidade necessária ao desempenho de suas funções mais nobres, tratado com pouca importância pela maioria de nossos doutrinadores, recebendo inclusive a severa sentença de um dos nossos mais ilustres processualistas da época, Afonso Fraga, que não via em seus órgãos de atuação senão e “unicamente representantes do Poder Executivo da Monarquia ou da República, porque a esse cumpre, por via de funcionários especiais a tutela ou defesa dos direitos e interesses do estado perante os tribunais singulares ou coletivos”.³⁴⁴

Percebe-se que as alterações legislativas referentes ao Ministério Público provocaram uma ampliação do seu campo de atuação, que passou a ser mencionado como “verdadeiro poder de Estado”; no entanto, era recorrente a crítica dos juristas da época quanto a sua dependência em relação ao Executivo.

3.10 O Instituto dos Advogados Brasileiros na República

Segundo Maria da Glória Bonelli, a chegada da República teve como consequência a desorganização do IOAB. Sua direção envolveu-se nas mudanças políticas da sociedade e as novas lideranças que vão reativá-lo são provenientes de grupos menos ocupados com a construção da nova ordem, seja por apoliticismo, seja por temerem as acusações de preservar laços com a ordem deposta. A autora constata em sua pesquisa que este período está

³⁴² “Antes do Dec. n. 1.030, havia representantes do ministério público perante os juízos criminais, e os civis em que eram interessados a Fazenda Publica, os órfãos e as pessoas a estes equiparadas, porém **não existia propriamente instituição. (destacamos)**”. (Comentários de Amaro Cavalcanti ao Decreto 2.597 de 16 de agosto de 1897, p. 650).

³⁴³ *Ibidem*, p. 650.

³⁴⁴ Esse trecho da exposição de motivos foi retirado de SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 138-139.

associado a uma mudança gradual no perfil dos membros do IOAB, registrando-se a presença de sócios provenientes de segmentos sociais menos elitizados. Os discursos reforçando a distância da política e uma conduta com aparência mais técnica também favorecem a identificação dos advogados com um modelo mais próximo das “profissões modernas das classes médias” e da sua ênfase do apoliticismo e da competência científica.³⁴⁵

Bonelli mostra que em substituição à estratégia implementada várias vezes durante o Império de eleger para o Instituto membros influentes do governo com o objetivo de estreitar as relações da profissão com o Estado, durante a Primeira República a aparência de desapego às paixões partidárias foi o recurso que predominou para se levar adiante o projeto institucional de influir nas decisões do governo.³⁴⁶

Da mesma forma como ocorria no império, a estratégia discursiva dos membros do IOAB de equiparar a advocacia à magistratura permaneceu durante a República Velha. Verificamos, no entanto, que a comparação se estendeu também aos membros do Ministério Público. Ora os advogados se equiparavam aos membros do Ministério Público, ora os próprios membros do Ministério Público se assemelhavam aos advogados.

Encontramos em revista do IOAB de 1892, um parecer do Procurador da República do Rio de Janeiro, questionando sua denominação tradicional de magistrado (atribuída aos antigos Procuradores dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco). Rodrigo Octavio Laangard Menezes argumentou que os Procuradores da República eram “sobretudo advogados da Fazenda ou da Administração”:

Mas, o procurador da República é órgão do ministério público, dizem: “é rigorosamente a personificação de uma alta magistratura”, exclamam; tem por incumbência legal dizer de direito, argumentam.

De acordo, de acordo; ninguém o contesta. Aí está o Dec. 848 de 1890, cujo Cap. VI, criando os procuradores da republica, se inscreve – do ministério publico; aí está a lição dos juriconsultos que consideram a advocacia, magistratura nobilíssima (...)

Ministério Público é a denominação genérica. Dentro da enumeração das funções dos seus órgãos, algumas há que tem bem pouco assinalado o caráter de função de ministério publico. Exemplo: as funções de simples advogado. O procurador da republica veio virtualmente substituir os antigos procuradores dos feitos da fazenda

³⁴⁵ BONELLI, Maria da Glória. *O instituto da ordem dos advogados brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 14 nº 39 fevereiro/99, p. 69.

³⁴⁶ *Ibidem*. No entanto, a presença dos bacharéis na política durante a Primeira República ainda era considerável. Teotônio Simões informa que no período entre 1889 e 1930 tomaram assento na Câmara Federal 1272 deputados. Destes, 44,3% são identificáveis como formados em Direito. No Senado os bacharéis representam 48,7% do total de senadores. Nos Ministérios Republicanos, a presença de profissionais da lei é de cerca de 40%. Na Presidência da República tivemos 13 presidentes; a maioria se formou na academia de direito de São Paulo que forneceu quase 80% dos presidentes da Primeira República. SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política - a política dos bacharéis*. Tese de doutoramento (Ciências Sociais) São Paulo: USP, p. 470 e 475.

e procuradores fiscais; é o único representante judicial do Tesouro; incumbem-lhes funcionar pela fazenda Pública, como autora ou ré, nas demandas que interessam ao fisco nacional. (Art 15-do Decreto 848 cit.)

Uma função bem pouco de órgão do ministério público, que pressupõe sempre o esforço em bem dos interesses superiores da justiça e da sociedade, essa de promover o andamento dos executivos fiscais, requerer penhoras, dar guias do pagamento. Entretanto, é atribuição do procurador da república, único agente forense do Tesouro e da Administração.

Procuradoria da Republica definiria mais propriamente o texto do cap. VI do Dec. de 11 de outubro de 1890, e, dentro dela, não estariam mal as funções propriamente de órgão da justiça, que a lei atribui aos procuradores da Republica, em alguns casos; nos feitos criminais, por exemplo. (Art. 24 – do Dec. 848 de 1890)

*

O outro argumento é que o procurador da república é magistrado.

Sim; se empregarmos a expressão no significado genérico, que abrange “os membros do corpo judiciário, se estende aos principais funcionários públicos, diretamente delegados pelo poder executivo”; que compreende “todo o cidadão encarregado pelo soberano de alguma porção de autoridade”.

Mas, si se der à expressão – magistrado - a significação legal que estritamente lhe corresponde na terminologia jurídica, ver-se-á que dela é forçoso excluir, entre nós, o representante do ministério publico, de qualquer ordem, muito especialmente o procurador da república que, juridicamente, só exerce funções de órgão da justiça, propriamente tais, em casos restritos.

A maior ou menor compreensão dos empregados públicos dentro da significação legal do termo magistrado, oscila de legislação a legislação.

(...)

Entre nós, há vários assentos expressos que resolvem a matéria. Magistrado, tecnicamente, sempre se entendeu membro do poder judiciário, que tinha certas garantias expressas na Constituição do Império, que não cabiam a demais funcionários, e ainda assim, não eram todos os juizes que se revestiam do caráter de magistrado; para isso era preciso que o funcionário, à jurisdição e autoridade pública para administrar a justiça, unisse a perpetuidade.

No antigo direito português igualmente a expressão magistrado andava ligada à significação de funcionário distribuidor da justiça. Em FERNANDES THOMAZ se verifica, na nomenclatura das disposições que lhes definiram competência, a verdade do conceito.

No regime republicano da Constituição de 24 de fevereiro tem consagração a doutrina dos Avisos do Império.

Ao Presidente da República compete nomear os magistrados federais sob proposta do Supremo Tribunal Federal (art. 48 § 11 da Constituição); são de nomeação do Presidente da República, mediante proposta do Supremo Tribunal Federal os juizes de seção (art. 14 do decreto n. 848 de 1890), que são funcionários vitalícios.

Isso caracteriza bem a ordem de funcionários que entram na classe dos magistrados. (Art. 57 da Constituição).

Nessa ordem não se pode de modo algum encartar os membros do ministério publico. Nem prevalece o argumento de que o procurador geral da Republica faz parte do Supremo Tribunal Federal. No claro espírito da lei, o membro do Supremo Tribunal Federal que aceitar o cargo de procurador geral da Republica, tornando-se impedido de tomar parte nos julgamentos perde o caráter de magistrado, na acepção restrita do termo.

Pela nossa organização os procuradores da República são sobretudo advogados da Fazenda ou da Administração, quando autora ou ré, em juízo, e assim, nos termos de nosso direito, esses funcionários não podem ser magistrados; porquanto, aos magistrados é, por lei, defeso ser procurador ou advogado.³⁴⁷

³⁴⁷ RIOAB, 1893, p. 336-345. Este texto é parte das razões finais apresentadas por Rodrigo Octavio nos autos das ações civis dos reformados e demitidos pelos decretos de 7 e 12 de abril de 1892, intentadas perante a Justiça Federal pelo advogado Ruy Barbosa.

Também Rodrigo Octavio, em discurso proferido no IOAB no dia 27 de outubro de 1918, agora como seu presidente³⁴⁸, defendeu que o exercício de um cargo público por um advogado seria continuação do exercício da profissão, pois “ao advogado apenas se oferecerá uma causa a mais para defender, e a mais bela de todas, a causa do país”.³⁴⁹ Cremos que a valorização da advocacia pelo membro do Ministério Público nesse caso é resquício da estratégia implementada no período imperial, conforme relatado por Maria da Glória Bonelli, de inserir no IOAB pessoas com um cargo estatal.³⁵⁰

Os bacharéis-advogados defendiam sua função como indispensável ao Estado e a consideravam uma instituição que fazia parte da organização jurídica do mesmo modo que o Ministério Público:

Esta profissão, diz LABAND, reúne em si duas situações que, ordinariamente, são de todo separadas e se afiguram inconciliáveis: o cumprimento de funções públicas e o exercício de uma profissão privada. Esses dois gêneros de funções não se correspondem com exatidão: um advogado tem muitas outras funções a desempenhar, além das de direito público, mas estas constituem a parte mais importante da sua profissão. Sob este ponto de vista, as funções do advogado “na organização jurídico-objetiva do Estado, são admitidas e estabelecidas como necessárias à realização do fim do Estado... A atividade profissional dos advogados é, pois, **necessária ao Estado**; é um fator da administração jurídica do Estado; e pode-se considerar os advogados **do mesmo modo que o Ministério Público**, como uma instituição fazendo parte da **organização jurídica no seu sentido mais amplo**. Sem dúvida pode-se afirmar de todas as profissões que elas são necessárias ou úteis ao desenvolvimento e à prosperidade do Estado; mas enquanto as outras profissões correspondem a necessidades econômicas ou sociais, o advogado trabalha em um domínio que interessa particularmente à prática da atividade a mais essencial do Estado: é o seu colaborador no exercício da justiça. É neste sentido que é preciso considerar a atividade profissional do advogado como uma função pública.” (LABAND – *Le Dr. pub. de l’emp. all.*; vol. IV; paginas 287-90)³⁵¹ **(destacamos)**

Na conferência inaugural da sala dos advogados no Palácio da Justiça, feita pelo Dr. Moitinho Doria, em 30 de julho de 1927, intitulada “A magistratura e a advocacia, sua ação no momento atual”, aquele reclamou da falta de aproximação entre advogados e juízes. Afirmou que “as duas classes são colaboradoras na mesma ação social, integram-se e são em comum os aplicadores da lei, são os legistas”.³⁵² Mais adiante, o conferencista completou:

³⁴⁸ Rodrigo Octavio Laangard Menezes foi o décimo sétimo presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros nos períodos de 1916-1917 e 1917-1918 e o vigésimo segundo presidente no período de 1927-1928.

³⁴⁹ BIOAB, maio de 1918, p. 9-10.

³⁵⁰ Vários dos presidentes do Instituto dos advogados, desde a sua fundação, foram membros do Ministério Público. De acordo com os registros do BIOAB de 1927, p. 191-217, o 5º presidente, Perdigão Malheiros, foi Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional; o 6º presidente, Nabuco de Araújo, foi promotor público; o 7º presidente, Saldanha Marinho, foi promotor público; o 14º presidente, Vieira Mello, foi promotor de justiça; 17º e 22º presidente, Rodrigo Octavio Laangard Menezes, foi Procurador da República.

³⁵¹ BIOAB, 1925, p. 162-163.

³⁵² BIOAB, 1926, p. 212.

A aproximação das duas classes, de juizes e advogados, é a integração do organismo judiciário, para uma atividade esclarecida e harmônica, com o culto mais perfeito da justiça.

Já se considera o ministério público uma magistratura especial, que os franceses chamam *de pé*, enquanto a dos juizes denominam *magistratura sentada*; **mas, os advogados do Estado fazem parte da classe geral**, exercem funções da mesma natureza, apenas em favor de um cliente de maior importância, que é o conjunto de todos os clientes, a coletividade, a nação; **não é absurdo, pois, considerar os advogados, em geral, como membros da magistratura, como elemento indispensável ao Poder Judiciário, como acontece a uma das partes, ao ministério público.** (destacamos)³⁵³

Percebe-se que os membros do Ministério Público – advogados do Estado – e os advogados eram considerados como pertencentes a uma mesma classe. Equiparar os “magistrados de pé”, como aqueles eram tradicionalmente chamados,³⁵⁴ aos advogados era uma estratégia discursiva para justificar a indispensabilidade destes ao Poder Judiciário e à Justiça. O fim último da argumentação era fazer com que os advogados fossem considerados uma espécie de funcionário público. A estratégia foi parcialmente vitoriosa, já que o Supremo Tribunal Federal considerou, na época, a advocacia um *múnus público*, embora sem a caracterização de funcionário público.³⁵⁵

Essa intenção de valorização do papel do advogado certamente foi influenciada pelo aumento do número de bacharéis que houve durante a República. A República, a partir do Decreto de 2 de janeiro de 1891, em seus arts. 419 e 425 (Reforma Benjamin Constant), permitiu a expansão das escolas livres de direito, assim denominadas por não pertencerem à estrutura estatal. Aurélio Wander Bastos³⁵⁶ explica que o ensino oficial, de nítida influência eclesiástica, o que não queria dizer religiosa, apenas oferecido exclusivamente pelo Estado, começou a mostrar sinais visíveis de fragilização após a década de 1850, permitindo que surgissem, dentro das instituições de ensino oficial professores que, alternativamente, ensinavam em substituição aos “velhos” lentes imperiais. Além disso, a penetração da população para o interior do país levou as províncias a exigirem escolas, não apenas primárias, que o Estado imperial não podia atender, permitindo que particulares que não eram

³⁵³ BIOAB, 1926, p. 214.

³⁵⁴ A expressão surgiu na França (*Magistrature debou*) onde o membro do Ministério Público não se dirigia aos juizes no chão, mas de cima do mesmo estrado (*Parquet*) em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se descobriam para lhe endereçar a palavra, embora tivessem de falar de pé. (TORNAGHI, Helio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v 1, p 277-278).

³⁵⁵ Em artigo de 13 de outubro de 1931 do BIOAB discute-se se o advogado é funcionário público, tendo em vista a decisão do STF. O artigo é contra sob o argumento de que “a advocacia é uma indústria privada. ‘Múnus público’ implica unicamente deveres para com o Estado, sem as necessárias prerrogativas para o advogado”. (p. 237)

³⁵⁶ BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

religiosos ensinassem também o ensino superior para as elites locais. O autor informa: “A transformação das escolas isoladas em universidades ou a criação de universidades, especialmente na Core, que não tinha faculdade de Direito e onde mais se exigia um ensino jurídico, transformou-se num dilema para o império, que preferiu incentivar a criação de outros cursos isolados que não fossem jurídicos.”³⁵⁷ De acordo com Wander Bastos, genericamente, as propostas de ensino livre, apareceram sempre associadas à transformação da cadeira de Direito Eclesiástico em cadeira opcional, assim como, paralelamente, a necessária formação de quadros administrativos através dos Cursos de Ciências Sociais. O indicador mais preciso dessa situação era a intensificação da crise entre o Estado Imperial e a Igreja, onde, flagrantemente, se verificava a intensificação de políticas que pretendiam laicizar o Estado, retirando a Igreja não apenas da influência burocrática administrativa, mas também do ensino oficial. “Na verdade a liberdade de ensino não era uma proposta apenas alternativa para as dificuldades do ensino oficial, mas principalmente uma alternativa para o ensino oferecido pela Igreja em nível primário e para os educadores livres. A iniciativa privada, em nível superior, de certa forma afastava a Igreja do ensino superior oficial para viabilizar, como ocorreu mais tarde, a organização de universidades católicas.”³⁵⁸

Graças à reforma do ensino livre puderam surgir novas faculdades rompendo o monopólio das faculdades de São Paulo e do Recife. Assim, em 1891 foram criadas a Faculdade Livre de Direito da Bahia e a Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro; nesse mesmo ano, a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro (fundada em 1882) iniciou suas atividades. Em 1892 houve a fundação da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais. Em 1900 foi criada a Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre. Em 1902 foi oficialmente instalada a Faculdade Livre de Direito no Estado do Pará. Em 1903, criou-se a Academia Livre de Direito do Ceará. Em 1909 a Faculdade de Direito do Amazonas, abriu a sua primeira turma.³⁵⁹ No final da primeira república já havia vários cursos de direito no Brasil, além dos citados.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 56.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 60.

³⁵⁹ MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; NEVES, Edson Alvisi. *Elite e cultura jurídica fluminense nos primeiros anos da Faculdade de Direito de Niterói (UFF)*. Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI realizado em Vitória - ES nos dias 16, 17, 18 e 19 de Novembro de 2011, p. 937-938.

3.11 Considerações finais do capítulo

Houve uma grande continuidade na forma de organização do poder judiciário na passagem do império à república, pois com essa forma de organização eram mantidos os mecanismos de gestão da carreira dos magistrados profissionais sob o controle do governo, agora em âmbito estadual. O esquema da política dos governadores, com seu sistema de alianças entre facções oligárquicas, permitiu a consolidação do poder federal e dos Estados, mantendo as condições mínimas para a reprodução da dominação e estabilizando a política da primeira república. Por todo lado, como na Monarquia, havia juízes políticos. A Constituição republicana não aprovou abertamente a prática, mas também não a proibiu. A vedação de atividade político-partidária aos magistrados veio com a Constituição de 1934.

Ao “Ministério Público”, a Constituição de 1891 só fez menção no art. 58, § 2º, dispondo que o Presidente da República designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República. Assim, o Procurador da República substituiu o antigo Procurador da Coroa existente no império. Mas ficou a cargo da lei a regulação do Ministério Público nos âmbitos federal, estadual e distrital, que adquiriu, nas palavras de Amaro Cavalcanti, o *status* de “instituição”. As alterações legislativas que ocorreram durante a vigência da Carta de 1981 referentes à instituição provocaram uma ampliação do seu campo de atuação, que passou a ser mencionado como “verdadeiro poder de Estado”; embora fosse recorrente a crítica dos juristas da época quanto à sua dependência em relação ao Executivo.

Em relação ao Poder Judiciário, a Constituição estabeleceu a dualidade da justiça e a do direito processual, o que gerou debates durante toda a República Velha.

Sobre a Justiça Federal, essa carta estabelecia, seguindo o disposto no Decreto 848, que seria exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juízes inferiores intitulados Juizes de Seção. Foi regulado que os juizes de seção seriam nomeados pelo Presidente da República dentre os cidadãos habilitados em direito com prática. O Supremo Tribunal Federal compor-se-ia de quinze juízes, que poderiam ser tirados dentre os juizes seccionais ou dentre os cidadãos de notável saber e reputação, nomeados pelo Presidente da República, dependendo da aprovação do Senado.

Em cada seção da justiça federal atuava além do juiz seccional, um juiz substituto e, quando estes não podiam funcionar no caso, o Presidente da República poderia nomear um juiz *ad hoc*. Posteriormente, em substituição ao juiz *ad hoc*, foi criado o cargo de juiz suplente do substituto do juiz seccional. Os suplentes eram nomeados pelo governo federal, por indicação do juiz seccional, selecionado dentre bons cidadãos que estivessem no gozo dos

direitos políticos, com preferência os graduados em direito, para servirem durante quatro anos.

Eram muitos os problemas atribuídos à Justiça Federal. Não existia uma carreira a ser seguida pelos juízes seccionais. Os poucos juízes federais que foram nomeados para o STF (durante a primeira república foram 5) não o foram devido a algum sistema de mérito profissional, nem a antiguidade, mas a ligações pessoais, principalmente por parentesco com os chefes políticos. Os ministros do STF eram escolhidos dentre auxiliares do Presidente da República ou entre os membros de facções aliadas a ele e todos eram bacharéis em direito. Já o juiz suplente e o juiz *ad hoc* eram considerados o ponto mais fraco da organização da justiça, criticados por serem quase sempre leigos, e por serem nomeados e mantidos para fins eleitorais e políticos.

Em relação à justiça dos Estados, como a Constituição de 1891 não explicitou sua estrutura, as leis de organização judiciária variaram muito. No que tange a nomeação de magistrados, permaneceram as discussões em torno do sistema a ser adotado. As objeções ao sistema eletivo eram muitas: desde o perigo para a estabilidade política, representado pela fragmentação do poder político entre juízes locais eleitos, até críticas à incompetência profissional, à corrupção e ao facciosismo político dos juízes de paz. Os críticos da livre nomeação dos juízes pelo governo tomavam as objeções levantadas pelos liberais no período imperial a esse sistema e pretendiam instituir o sistema de concursos e a nomeação de magistrados pelos tribunais superiores. Contra essas propostas era argumentado que se o sistema de concurso era apto para verificar a aptidão científica do candidato, não possibilitava a verificação da sua qualificação moral para o cargo e que a nomeação dos magistrados pelos membros do tribunal de justiça possibilitaria a submissão do estado a uma casta de magistrados. A rejeição às propostas liberais de organização judiciária atingia, ainda, os critérios para promoção dos juízes. O princípio da antiguidade pura para a promoção, posposto várias vezes durante o império como forma de evitar a dependência dos magistrados em relação ao governo, era oposto ao do merecimento, o qual era defendido como a única forma de incentivar os juízes ao trabalho e estudo. Porém, apesar de aparentar a adoção de um critério moderno de mérito para as promoções, essa forma de nomeação permitia, no sistema de compromisso do coronelismo, que as vagas das comarcas superiores e dos tribunais fossem preenchidas a partir de critérios de troca de favor entre magistrados e governantes. O controle do mecanismo de promoção pelo governo do estado era também um importante meio de dissuasão de eventuais conflitos entre os juízes e os poderes locais.

Ao Distrito Federal, com o Decreto 1.030, foi conferido o direito de regular o acesso dos seus juízes e de criar uma carreira judiciária. A atribuição para nomear os magistrados foi dada ao Presidente da República, o que foi acompanhada de providências, quais sejam: tirocínio na advocacia, no Ministério Público ou noutra judicatura. Quanto ao princípio da antiguidade, aplicado à magistratura, foi combinado com o do merecimento.

A organização judiciária do Distrito Federal foi alterada várias vezes. Apesar das diferenças, tanto a Lei 1.388, de 4 de janeiro de 1905 quanto o Decreto 9.263 de 8 de dezembro de 1911 exigiram para a investidura no cargo de juiz de direito, o exercício em cargo de judicatura, Ministério Público ou na advocacia e mantiveram a determinação de que os desembargadores fossem nomeados dentre os juizes de direito na ordem de antiguidade.

O Decreto 16.273 de 1923 trouxe inovações estabelecendo a promoção de juiz de direito em 3 entrâncias, feita por merecimento e por antiguidade. E para a nomeação de juízes, além da formação em direito e prática na advocacia, magistratura ou Ministério Público, introduziu o concurso como critério de seleção. Quanto aos desembargadores, previu que seriam nomeados dentre os juízes de direito que fizessem parte das listas de promoção, sendo um terço por absoluta antiguidade e dois terços por merecimento.

Apesar dessa regra, com o Decreto 5.053, de 6 de novembro de 1926, que criou seis novas vagas de desembargador, foi determinada uma regra de **composição heterogênea** para o seu preenchimento, estabelecendo que o governo os escolheria livremente entre os doutores ou bacharéis em Direito, com notório saber atestado pela prática da advocacia ou pela experiência acumulada como membro do Ministério Público. Ou seja, pela primeira vez permitiu-se o preenchimento do cargo de desembargador por indicação de advogados ou membros do Ministério Público.

Observamos que todas as leis que trataram da organização da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal exigiram a prática jurídica prévia para a o exercício da magistratura (o que também se verificou em relação aos cargos do Ministério Público). Várias justificativas foram apontadas para essas “conquistas”: uma reação ao corporativismo dos magistrados do império, a ideia de que a presunção de capacidade não ficava restrita à classe dos magistrados, a facilitação da escolha de magistrados, a busca de maior independência para a magistratura, etc. Alegava-se que o diploma ou certificado de habilitação não poderia ter a força intrínseca suficiente para, por si só, conduzir ao exercício da atividade judicial, já que o

estudo do direito se ressentia da falta de cunho prático, tendo em vista o ensino exclusivamente teórico das ciências jurídicas.³⁶⁰

O que nos parece um fator determinante para a inserção dos advogados e dos membros do Ministério Público na magistratura foi a demarcação de campo conquistada pelos membros do IOAB, por meio das estratégias por eles implementadas, a fim de se mostrarem indispensáveis ao Estado e à justiça. Em razão do aumento do número de faculdades de direito, do excesso de bacharéis e do exercício da atividade por solicitadores, seus discursos passaram a reforçar a distância da política e uma conduta com aparência mais técnica.

Assim, a técnica jurídica passou a ser usada como um “poder simbólico”, no sentido cunhado por Pierre Bourdieu, a fim de assegurar a dominação de uma classe sobre a outra impondo a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses. Como afirma o autor, a linguagem jurídica consiste no uso particular da linguagem vulgar e o desvio entre os dois significados distingue os utilizadores de um código erudito (juízes, etc) e os simples profanos.³⁶¹

No que tange a inserção de advogados e membros do Ministério Público especificamente nos tribunais, ocorrida inicialmente na Corte do Distrito Federal, com a publicação do Decreto 5.053, de 6 de novembro de 1926, constatamos que a regra provocou grande celeuma.

Analisando os debates ocorridos no Congresso Nacional durante a elaboração do decreto, verificamos a intenção do autor da emenda em beneficiar os advogados, defendendo a capacidade destes de julgarem como juiz; desconfiamos de que a regra surgiu com o objetivo de agradar o Presidente da República, deixando ao seu arbítrio a designação de juízes, possibilitando a premiação de alguns amigos e a intervenção no tribunal por meio da modificação radical de sua jurisprudência; identificamos uma reação corporativa dos

³⁶⁰ Dizia-se que, em regra, as faculdades brasileiras, despejavam “anualmente na vida prática turmas e turmas de despreparados, satisfeitos de si, porque ornaram o anular ou o indicador com o anel simbólico, mas sem a menor aptidão para, sozinhos, dirigirem o mais simples dos processos”. E para exercer um cargo da magistratura - assentada ou em pé - cargos “ligados interesses públicos e privados de grande valia - é preciso saber o ofício, é preciso estar na altura de defender aqueles interesses, de não sacrificá-los, de protegê-los contra o dolo humano, contra a fraude...” Daí o legislador, exigindo o estágio, nada mais teria feito do que reconhecer a necessidade da prática e proclamar a sua ausência absoluta nos cursos acadêmicos, que se proliferavam no foro da capital. Trecho retirado do parecer da Comissão de Justiça e Legislação formada no IOAB para discutir projeto de lei sobre a criação da OAB. (BIOAB, 1925, p. 156-159).

³⁶¹ Bourdieu afirma que o poder simbólico é um poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário. É um poder subordinado, é uma forma transformada de outras formas de poder, ocorrendo uma transmutação de diferentes espécies de capital em capital simbólico. Para ele existem vários tipos de capital: o capital econômico, o capital cultural, o capital social e o capital simbólico (que é o prestígio, reputação, fama, etc). O capital jurídico é uma espécie de capital cultural. O título profissional é um capital simbólico institucionalizado, legal. (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 12ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009).

magistrados de carreira do Distrito Federal que se sentiram preteridos no seu direito de acesso ao cargo de desembargador.

Pela análise das revistas e atas do IOAB, em que a reorganização judiciária do Distrito Federal também foi muito discutida, a ponto de elaborar um projeto sobre o tema e enviá-lo à Câmara dos Deputados, não encontramos nenhum debate a respeito da regra de participação dos advogados como desembargadores. Muito se comentou, porém, sobre o fato de o Presidente da Corte de Apelação ter reservado duas salas privativas aos advogados – uma destinada especificamente aos membros do Instituto - no Palácio da Justiça, que foi construído para abrigar a nova Corte. Ficou evidente, portanto, a proximidade entre os membros do IOAB e o Presidente da Corte de Apelação do Distrito Federal, na época, o Desembargador Astoupho Nápoles de Paiva.

A inovação do Decreto 5.053 do Distrito Federal serviu de modelo para os Estados, tendo sido adotada, por exemplo, na Constituição Estadual da Bahia, considerando o texto consolidado até 1929. No entanto, a consolidação da participação dos advogados e membros do Ministério Público no colegiado dos tribunais se deu com a criação da regra do quinto constitucional na Constituição de 1934, o que será abordado no próximo capítulo.

4 1 O JUDICIÁRIO NA REPÚBLICA NOVA

4.1 O fim da República Velha

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.³⁶²

Houve uma reforma em 1926 que atendeu em parte a essas demandas centralizadoras³⁶³. 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 delinearão 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).

A reforma constitucional de 1926 sucedeu o movimento revolucionário de 1930. De acordo com o Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (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.³⁶⁴

Ítalo Tronca, no entanto, apresenta uma interpretação diferente sobre a “revolução de 30”:

³⁶² 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, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. I volume. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932, p.70-71).

³⁶³ 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.

³⁶⁴ *Ibidem*.

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 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 classes³⁶⁵.

Segundo o autor³⁶⁶, as novas autoridades, sob a liderança de Vargas, nada mais fizeram do que aperfeiçoar os mecanismos de controle sobre o movimento operário. Assim, uma das primeiras providências de Batista Luzardo, novo chefe da polícia civil do Rio de Janeiro, foi a contratação em março de 1931 de dois técnicos do Departamento de Polícia de Nova Iorque, a fim de organizar, no Brasil, um serviço especial de repressão ao comunismo, nos moldes dos existentes nos Estados Unidos. No Pará, o coronel Landri Sales, nomeado por Vargas governador militar, mandou afixar uma ordem mandando “passar em armas, em praça pública” todo aquele que propalasse propaganda comunista. Em São Paulo, João Alberto, interventor federal no Estado, foi acusado de “moleza” para com o comunismo por permitir, entre outras coisas, que alguns líderes de esquerda se refugiassem em São Paulo, enquanto os interventores dos outros Estados reprimiam o movimento operário com maior dureza. Getúlio Vargas, Lindolfo Collor e Oswaldo Aranha assinaram o Decreto 19.770, conhecido como “Lei de Sindicalização”, em março de 1931, cuja exposição de motivos anuncia:

Com a criação dos Sindicatos Profissionais moldados em regras uniformes e precisas, dá-se às aspirações dos trabalhadores e às necessidades dos patrões expressão legal normal e autorizada. O arbítrio, tanto de uns como de outros, gera a desconfiança, é causa de descontentamento, produz atritos que estalam em greves e *lock-outs*. Os sindicatos ou associações de classe serão os pára-choques dessas tendências antagônicas.³⁶⁷

Para Ítalo Tronca, por trás desse discurso aparentemente neutro, esconde-se uma estratégia de dominação – a estrutura sindical corporativa: “Aperfeiçoada ao longo dos anos, ela constitui provavelmente a peça mais importante do dispositivo de controle do movimento operário, culminando com a Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada em 1943,

³⁶⁵ TRONCA, Ítalo. *A Revolução de 1930: a dominação oculta*. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 59-60.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 92-97.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 94.

durante o Estado Novo, filho dileto da *Revolução de 30.*”³⁶⁸ Isso porque a Lei de Sindicalização teceu uma intrincada rede de exigências burocráticas que iriam desfigurar o caráter original dos sindicatos. O exercício de cargos administrativos, por exemplo, só poderia ser confiado a brasileiros natos ou naturalizados com um mínimo de 10 anos de residência no país, ou 20 anos no caso de estrangeiros. Para o autor, essas imposições tinham a intenção política de afastar da vida sindical os líderes mais atuantes, muitos deles de origem estrangeira. Enfim, ele completa que “por meio de leis e decretos gerados no bojo da Revolução, os sindicatos foram sendo reduzidos a órgãos de cooperação técnica com o Estado, em agências de consulta sobre os problemas de classe”.³⁶⁹

Cabe observar que, a partir de meados da década de 30, conforme informam Luc Boltanski e Ève Chiapello, a existência de classes sociais e a necessidade de dotá-las de reconhecimento oficial eram objeto de um acordo mais ou menos geral, ainda que a natureza dessas classes e, em especial, seu caráter de conflito ou complementação continuasse a alimentar divergências freqüentemente violentas entre os marxistas, por um lado, e, por outro os corporativistas, os neossocialistas ou também os social-católicos. “Impôs-se uma concepção de sociedade: uma sociedade é um conjunto de grupos socioprofissionais no âmbito do Estado-nação.”³⁷⁰

No Brasil, segundo Lucia Lippi Oliveira, a geração de intelectuais pós-30 jogou-se na luta política convencidos de que somente pelo poder seria possível impor a nova ordem. Uns fizeram-se fascistas, outros comunistas, outros socialistas cristãos.³⁷¹

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.³⁷²

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 94.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 97.

³⁷⁰ BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 312.

³⁷¹ OLIVEIRA, Lucia Lippi. Vargas, os intelectuais e as raízes da ordem p. 83-96 in *As instituições brasileiras da Era Vargas*. D'ARAUJO, Maria Celina (Organizadora). Rio de Janeiro: Ed. UERJ: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. 212 p.

³⁷² 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

4.2 A criação da Ordem dos Advogados do Brasil

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**³⁷³, 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”.³⁷⁴

Ivan Alemão comenta que o fato de a Ordem ser criada logo após um golpe de Estado é um aparente paradoxo, já que sua doutrina é calcada no Estado de Direito. O autor explica que um golpe de estado afeta diretamente o Parlamento e o Judiciário - o primeiro pode ser simplesmente fechado, mas o segundo não, já que a população, em seu cotidiano, necessita da prestação jurisdicional, “sob o risco de fazer ‘justiça’ com as próprias mãos”. Assim, segundo ele, a reforma do Judiciário é necessária após qualquer golpe, e o advogado é o profissional mais envolvido com a questão. No Brasil, a Ordem dos Advogados foi criada juntamente com a reforma da justiça, “portanto, não é de se estranhar que tenha sido fundada imediatamente após um golpe de Estado”.³⁷⁵

Segundo informações contidas no site da OABSP³⁷⁶, 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

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 opositoristas 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. 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).

³⁷³ 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:”

³⁷⁴ PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. Antecedentes do TJDF (1602 - 1808).

³⁷⁵ ALEMÃO, Ivan. *OAB e sindicatos. Importância da filiação corporativa no mercado*. São Paulo: LTr, 2009, p. 136-137.

³⁷⁶ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO. Portal da memória. História da OAB. *A criação da OAB*.

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 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.³⁷⁷

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.³⁷⁸ Levi Carneiro foi o último presidente do IOAB e o primeiro da OAB.³⁷⁹ 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.³⁸⁰

Em razão da data da sua criação, Maria da Glória Bonelli 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”.³⁸¹ Como se viu nos capítulos anteriores, 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”.³⁸²

Teotônio Simões observa que a época em que a Ordem foi definitivamente criada era propícia para tal: é a que antecede a presença de deputados classistas na Constituinte e todas as iniciativas corporativistas do Estado Novo. Mas, o autor destaca, indo ao encontro do

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ BAETA, Herman Assis (Coordenador). *História da Ordem dos Advogados do Brasil*. Volume 2 Luta pela criação e resistências, p. 231.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 228.

³⁸⁰ ALEMÃO, Ivan. *OAB e sindicatos. Importância da filiação corporativa no mercado*. São Paulo: LTr, 2009.

³⁸¹ BONELLI, Maria da Glória. *O instituto da ordem dos advogados brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 14 nº 39 fevereiro/99, p. 71.

³⁸² *Ibidem*, p. 72.

pensamento de Bonelli, que, “se nos anos 30 a solidariedade da Classe se torna Ordem e se institucionaliza definitivamente, isto não quer dizer que não existisse antes”.³⁸³

Ivan Alemão diferencia o surgimento das Ordens profissionais dos sindicatos:

Enquanto estes estiveram diretamente ligados à luta de classes, as Ordens se firmaram na mediação entre prestador de serviços e consumidor, assumindo uma função mais pública (de forma direta ou indireta), rejeitada pelos sindicatos. **A própria intimidade entre os dirigentes das Ordens Profissionais e os dirigentes de governos, como ministros de Estados, demonstra essa relação estreita.(destacamos)**³⁸⁴

Na última frase, o autor se refere à relação entre os que presidiram o IOAB com o poder político, já comentada por Bonelli. De fato, como mostrou a autora, 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.³⁸⁵

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).³⁸⁶ 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.³⁸⁷

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.³⁸⁸

³⁸³ SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política - a política dos bacharéis*. Tese de doutoramento (Ciências Sociais) São Paulo: USP, 1983, p. 520.

³⁸⁴ ALEMÃO, Ivan. *OAB e sindicatos. Importância da filiação corporativa no mercado*. São Paulo: LTr, 2009, p. 122.

³⁸⁵ BIOAB, 1930, p. 276 a 289.

³⁸⁶ BIOAB, 1931-1932, p. 120-121.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 237.

³⁸⁸ BIOAB, 1932, p. 512-515.

4) Em 1933, foi instalada uma comissão especial no IOAB incumbida de acompanhar os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.³⁸⁹

Vale ressaltar que, embora tenha sido criado o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros em 1843, discutia-se ainda, até 1930, no meio dos próprios bacharéis a ideia de que o órgão representativo representaria um privilégio de classe.³⁹⁰ Teotônio Simões atribui isso à falta de consenso entre os profissionais da lei, à orientação republicana radical e à falta de bacharéis - o que permitia um mercado de trabalho para os provisionados. O mercado de trabalho estava longe de ser saturado, situação que se modificou a partir da dispersão dos cursos jurídicos que acompanhou a descentralização republicana.³⁹¹

Como observa Ivan Alemão, quando a OAB foi criada, grande parte do problema do excesso de faculdades já existia. Bastava o diploma para que o profissional fosse considerado advogado e nem toda causa exigia advogado diplomado, sendo comum a atuação dos rúbulas, que eram os práticos do direito, muitos deles com grande fama. Com a OAB, eles passaram a se inscrever como provisionados. Também os solicitadores, que existiam desde as ordenações portuguesas, atuavam ao lado dos advogados.³⁹² Na opinião do autor: “Pode-se mesmo dizer que entre os principais motivos da criação da OAB, como regular e disciplinar os advogados, já estava implícita, latente, a questão da quantidade de profissionais, ainda que esta só se tornasse explícita na década de 1950, com uma segunda geração pós-OAB, que deixou registros sólidos sobre o assunto.”³⁹³

³⁸⁹ BIOAB, 1933, p. 213-218.

³⁹⁰ No BIOAB, 1925, p. 146-256, foi apresentado um esboço do projeto de lei sobre o exercício das profissões de advogado e solicitador perante a justiça no Distrito Federal e Justiça Federal da República. O art. 4º exigia para ser inscrito no quadro dos advogados: 1º - Ser cidadão brasileiro; 2º - Estar isento de culpa e pena; 3º - Ser graduado em direito por um das Faculdades da República, ou por Universidades ou Faculdades estrangeiras, depois de confirmado o grau mediante o competente exame; 4º - Haver consecutivamente, durante dois anos ao menos, exercido as funções de solicitador, e se aplicado à prática forense no escritório de um advogado.

Em parecer da Comissão de Justiça e Legislação sobre o projeto de lei discutiu-se sobre a necessidade de título acadêmico para o exercício da profissão de advogado. Argumentou-se que essa exigência era contrária à liberdade profissional estatuída no art. 72, § 24 da Constituição Federal e que a exigir diploma para o exercício das profissões liberais significava conferir um privilégio aos seus portadores. Contrário a este argumento defendeu-se que o título acadêmico é acessível a todos e que a sua exigência é imposta pelo interesse público. Foi proposta emenda para suprimir o art. 3º do projeto por ser contrário à liberdade profissional.

³⁹¹ SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política - a política dos bacharéis*. Tese de doutoramento (Ciências Sociais) São Paulo: USP, 1983, p. 515-518.

³⁹² ALEMÃO, Ivan. *OAB e sindicatos. Importância da filiação corporativa no mercado*. São Paulo: LTr, 2009.

³⁹³ *Ibidem*, p. 165.

4.3 A elaboração da Constituição Federal de 1934

O país vivia um clima de tensão em 1932 quando a Revolução Constitucionalista³⁹⁴ 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.³⁹⁵ 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.³⁹⁶

Em 15 de novembro de 1933, realizou-se a sessão solene de instalação da Assembleia Nacional Constituinte.³⁹⁷ 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 grupo de representação profissional (um dos empregados, um dos empregadores, um dos funcionários, um das profissões liberais³⁹⁸). 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 organizou-se 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.³⁹⁹ Participaram da Constituinte pessoas do antigo Congresso, engenheiros, médicos, jornalistas, militares,

³⁹⁴ 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.

³⁹⁵ 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.

³⁹⁶ CASTRO, Araújo. *A nova constituição brasileira*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936.

³⁹⁷ O regimento interno da Assembleia Nacional Constituinte era o Decreto 22.621 de 5 de abril de 1933.

³⁹⁸ Levi Carneiro, presidente da OAB, foi escolhido representante das profissões liberais.

³⁹⁹ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8.

funcionários públicos, comerciantes, religiosos, juristas e advogados, sendo que estes dois últimos formavam o grupo mais numeroso.⁴⁰⁰

4.3.1 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.

Na **21ª sessão**⁴⁰¹, 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”.⁴⁰² 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 dois terços o Tribunal nomearia dentre os juizes mais ilustres do Estado” (**destacamos**).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 que sempre foram pela dualidade da magistratura os governadores de Estado e os partidos políticos. 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

⁴⁰⁰ CARNEIRO, Levi. *Pela Nova Constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1936, Narrativa.

⁴⁰¹ 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, p. 386-421.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 399.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 403.

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?”⁴⁰⁴ 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”.⁴⁰⁵ 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.”⁴⁰⁶ 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.”⁴⁰⁷

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.⁴⁰⁸

O ministro Arthur Ribeiro apresentou projeto que previa a unidade da justiça. Na **22ª sessão**⁴⁰⁹, 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”.⁴¹⁰ Para ele, pela legislação vigente, o Estado organizava a sua justiça, ficando a União com uma

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 412.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 413.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 414.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 416.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 417.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 422-442.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 427.

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.”⁴¹¹

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.”⁴¹²(**destacamos**)

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**.”⁴¹³(**destacamos**)

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**”.⁴¹⁴ (**destacamos**)

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.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 429.

⁴¹² *Ibidem*, p. 439.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 439.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 440.

Na **28ª sessão** ⁴¹⁵, 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 rege-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.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 564-586.

4.3.2 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 Carneiro⁴¹⁶ e o Sr. Alberto Roselli⁴¹⁷.

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 magistratura⁴¹⁸. Em relação à Justiça dos Estados⁴¹⁹, 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

⁴¹⁶ Levi Carneiro era, na época, presidente da Ordem dos Advogados.

⁴¹⁷ Alberto Roselli era ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁴¹⁸ Assim se manifestou: “A solução da unidade federal da magistratura parece, aliás, reconhecidamente irrealizável. Tanto acresceria ela a força e o prestígio 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. (*Anaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*. V 10 Imprensa Nacional Rio de Janeiro, 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 conseqüente 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.” (*Ibidem*, p 368-369).

⁴¹⁹ *Anaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*. V 1 Imprensa Nacional Rio de Janeiro, 1936, p. 330-361.

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**)

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 juizes 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**)⁴²⁰

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”.⁴²¹ 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:

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 590.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 623.

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”⁴²². 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:⁴²³

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**.

⁴²² CARNEIRO, Levi. *Pela Nova Constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1936, p. 143-144.

⁴²³ *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*. V 1 Imprensa Nacional Rio de Janeiro, 1936, p. 330-361.

§ 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)**

Em seguida, apresentou as seguintes observações sobre esse artigo do substitutivo⁴²⁴:

§ 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)**

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].⁴²⁵

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

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 363-367.

⁴²⁵ MANGABIERA, João. *Em trono da Constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934, p. 109-111.

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.⁴²⁶

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.**⁴²⁷ (destacamos)

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

⁴²⁶ 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, Araújo. *A nova constituição brasileira*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936, p. 281).

⁴²⁷ *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*. V 1 Imprensa Nacional Rio de Janeiro, 1936, p. 610-611.

local do Distrito, designou uma comissão permanente para organizar as listas de onde saíram todas as nomeações e promoções.⁴²⁸

Também na imprensa, Levi Carneiro manifestou seu descontentamento. Em cartas enviadas ao *Jornal do Comércio*, de 12 e 14 de maio de 1934⁴²⁹, 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 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”.⁴³⁰

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 juizes, era elevar a Ordem dos Advogados, o que admitiu, argumentando que ao elevá-la serviria “bem a causa pública”.⁴³¹

No *Jornal do Comércio* de 10 de junho de 1935⁴³², 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 juizes, disse que não adotou o princípio da cooptação de juizes, 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

⁴²⁸ CARNEIRO, Levi. *Pela Nova Constituição*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1936, p. 289.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 672-677.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 675.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 677.

⁴³² *Ibidem*, p. 678-697.

obrigatoriamente, apenas um quinto, no máximo, facultativamente. Em razão disso, defendeu-se: “Não se dirá que me dominasse o espírito de classe...”⁴³³

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.

4.4 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.⁴³⁴

Competia às Constituições estaduais estabelecer as garantias dos Ministérios Públicos locais.⁴³⁵ João Francisco Sauwen Filho informa que “Dos vinte estados que

⁴³³ *Ibidem*, p. 684.

⁴³⁴ “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**)

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.”⁴³⁶ 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”.⁴³⁷

De fato, a dependência do *Parquet* ao Poder Executivo era entendimento recorrente entre os juristas da época, sendo formalmente defendida pelo Presidente 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 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 beneficentemente nos Tribunais, provocando-lhes a ação, defendendo o interesse geral e a observância criteriosa das leis...” (Comentários à Constituição, 3.ed., nº. 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 Título 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)**⁴³⁸

⁴³⁵ 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, respeitadas os seguintes princípios: (...) e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais”.

⁴³⁶ SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 140.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 142-143.

⁴³⁸ Esse trecho das razões de veto parcial ao Decreto nº 5 de 24 de janeiro de 1935 foi retirado de SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 140-141. Interessante observar que Getulio Vargas atuou como Promotor Público em Porto

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.⁴³⁹

Em tese recentemente publicada, Júlio Aurélio Vianna Lopes 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 1988.⁴⁴⁰

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 – como advogados do Estado.

Alegre no período entre 1908 e 1909. Para saber sobre essa atuação ver 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.

⁴³⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, p. 777.

⁴⁴⁰ 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 capítulo 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.”(LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *Democracia e cidadania. O novo Ministério Público Brasileiro*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2000, p. 70-71).

4.5 A Constituição de 1934

De novembro de 1933 a julho de 1934 o país viveu sob a égide da Assembleia Nacional Constituinte encarregada de elaborar a nova Constituição brasileira que iria substituir a Constituição de 1891. Após oito meses de discussões, no dia 16 de julho de 1934 foi promulgada a nova Constituição.

A Constituição de 1934 manteve a organização dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário independentes e estabeleceu que eles seriam coordenados pelo Senado Federal (art 88)⁴⁴¹, sistemática que, para alguns, lembrava o Poder Moderador da Constituição Imperial⁴⁴².

Foram asseguradas aos juízes as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.⁴⁴³ Pela primeira vez, foi vedado, numa constituição, o exercício de atividade político-partidária ao juiz.⁴⁴⁴

Essa Constituição consolidou no direito brasileiro o sistema de controle de constitucionalidade das leis. Quanto à organização da Corte Suprema, manteve, em relação à Carta de 1891, as alterações introduzidas, principalmente, pelo Decreto 19.658 de 1931 do Governo Provisório, que lhe deu nova organização, facultando a sua divisão em câmaras ou turmas, e incluindo a expressão “jurídico” ao requisito de “notável saber” exigido dos ministros.⁴⁴⁵

A Justiça eleitoral teve sua organização redefinida, no âmbito do Poder Judiciário.⁴⁴⁶ Foi mantida a Justiça Militar, com a organização dada pela Constituição de 1891 e admitiu-se a criação, por lei, de tribunais e juízes inferiores.

⁴⁴¹ “Art 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.”

⁴⁴² Nesse sentido, ARAÚJO, Rosalina Correa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 2004, p. 148.

⁴⁴³ “Art 64 - Salvas as restrições expressas na Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes: a) vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão em virtude de sentença judiciária, exoneração a pedido, ou aposentadoria, a qual será compulsória aos 75 anos de idade, ou por motivo de invalidez comprovada, e facultativa em razão de serviços públicos prestados por mais de trinta anos, e definidos em lei; b) a inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos Juízes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público; c) a irredutibilidade de vencimentos, os quais, ficam, todavia, sujeitos aos impostos gerais. Parágrafo único - A vitaliciedade não se estenderá aos Juízes criados por lei federal, com funções limitadas ao preparo dos processos e à substituição de Juízes julgadores”.

⁴⁴⁴ “Art 66 - É vedada ao Juiz atividade político-partidária”.

⁴⁴⁵ “Art 74 - Os Ministros da Corte Suprema serão 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”.

⁴⁴⁶ 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.

Também determinou a uniformização da legislação adjetiva a ser adotada pelos tribunais no exercício de suas competências, dispondo, em seu art. 11 e parágrafos das disposições transitórias, que seriam formadas, após a sua promulgação, comissões de juristas para elaborar um projeto de Código de Processo Civil, um de Código Comercial e um de Código de Processo Penal. Somente o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal foram elaborados e promulgados (respectivamente o Decreto-lei 1.608 de 18 de setembro de 1939 e o Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941). Quanto ao direito comercial, sobreviveu a Lei 556 de 25 de junho de 1850.

Embora na constituinte de 1933-34 houvesse forte corrente unitarista, composta pelos “tenentes” e representantes de Getúlio Vargas, prevaleceu a dualidade da organização judiciária. No entanto, retornou a unidade do processo no art. 5º, XIX, “a”.⁴⁴⁷

Da mesma forma que o Decreto 848 de 1890 do Governo Provisório e a Constituição de 1891 previram a criação de Tribunais Federais, definindo, inclusive, as suas competências e jurisdição.⁴⁴⁸ Os juízes federais seriam nomeados pelo Presidente da República, dentre cinco cidadãos indicados pelo STF que deveriam atender aos seguintes requisitos: ser brasileiro nato, ter reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, ter entre 30 e 60 anos (dispensado este limite aos que fossem magistrados).⁴⁴⁹

As Justiças dos Estados, do Distrito Federal e Territórios foram bastante contempladas na Constituição de 1934 que: possibilitou aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos; criou a carreira da magistratura; regulou o acesso dos magistrados às entrâncias e instâncias e conferiu ao tribunal, com exclusividade, a prerrogativa de propor alterações no número de juízes e em sua organização interna. Além disso, foi uniformizada a denominação do órgão máximo dos Estados em Corte de Apelação, encerrando a variedade de denominações que anteriormente

⁴⁴⁷ “Art 5º - Compete privativamente à União: (...) XIX - legislar sobre: a) direito penal, comercial, civil, aéreo e processual, registros públicos e juntas comerciais”.

⁴⁴⁸ “Art 78 - A lei criará Tribunais federais, quando assim o exigirem os interesses da Justiça, podendo atribuir-lhe o julgamento final das revisões criminais, excetuadas as sentenças do Supremo Tribunal Militar, e das causas referidas no art. 81, letras *d*, *g*, *h*, *i*, e *l*; assim como os conflitos de jurisdição entre Juízes federais de circunscrições em que esses Tribunais tenham competência.”

⁴⁴⁹ “Art 80 - Os Juízes federais serão nomeados dentre brasileiros natos de reconhecido saber jurídico e reputação ilibada, alistados eleitores, e que não tenham menos de 30, nem mais de 60 anos de idade, dispensado este limite aos que forem magistrados. Parágrafo único - A nomeação será 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”.

era possível lhe atribuir pelas leis de organização judiciária de cada estado, como Tribunal de Apelação, Tribunal de Justiça, Superior Tribunal.⁴⁵⁰

Quanto a forma de ingresso na magistratura, a Constituição exigiu concurso para investidura nos primeiros graus e acesso aos graus superiores por antiguidade de classe, e por merecimento, ressalvado a regra do quinto constitucional.⁴⁵¹

Também foi prevista a criação da Justiça de Paz (art 104, § 4º)⁴⁵² e de juizes temporários não togados para julgamento das causas de pequeno valor, preparo dos excedentes da sua alçada e substituição dos juizes vitalícios.⁴⁵³

Foi implantada, ainda, a Justiça administrativa, com órgãos vinculados não ao Judiciário, mas ao Executivo, denominados Tribunal Marítimo administrativo e Justiça do Trabalho.⁴⁵⁴ A Justiça do Trabalho trouxe a marca da representação classista paritária, inspirada no sistema fascista italiano, que mantinha um ramo especializado do Judiciário na solução de conflitos trabalhistas, em cuja composição figurava representantes do Estado (juizes togados), da classe empresarial e da classe trabalhadora (juizes classistas).⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ SADEK, Maria Tereza. A organização do poder judiciário no Brasil. *in Uma introdução ao estudo da justiça*. SADEK, Maria Tereza (org.). Idesp, Rio de Janeiro: Ed. Sumaré, 1995, p. 6-7.

⁴⁵¹ “Art 104 - Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes: a) investidura nos primeiros graus, mediante concurso organizado pela Corte de Apelação, fazendo-se a classificação, sempre que possível, em lista tríplice; b) investidura, nos graus superiores, mediante acesso por antiguidade de classe, e por merecimento, ressalvado o disposto no § 6º; (...) § 6º - 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 na forma do § 3º”.

⁴⁵² “Art 104, § 4º - Os Estados poderão manter a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com ressalva de recurso das suas decisões para a Justiça comum”.

⁴⁵³ “Art 104, § 7º - Os Estados pedirão criar Juizes com investidura limitada a certo tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das excedentes da sua alçada e substituição dos Juizes vitalícios.”

⁴⁵⁴ A origem da Justiça do Trabalho é o Decreto 21.396 de 12 de maio de 1932, instituidor das Comissões Mistas de Conciliação, para dirimir os conflitos coletivos, e o Decreto 22.132 de 25 de novembro de 1932 que inicialmente criou as Juntas de Conciliação e Julgamento, presididas por pessoas estranhas às classes de empregados e empregadores, nomeados pelo Ministro do Trabalho, para dirimir conflitos individuais. Em 14 de julho de 1934 foi criado o Conselho Nacional de Trabalho, pelo Decreto 24.784, para julgar as reclamações contra os atos dos Institutos e Caixa de Aposentadoria e Pensões e empresas a eles filiadas. Das decisões das Comissões Mistas, das Juntas e do Conselho, caberia recurso à Justiça comum. Foi a Constituição de 1934 que deu elevação constitucional à Justiça do Trabalho embora em âmbito administrativo (art 122 *caput* e parágrafo único). “Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I. Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual”.

⁴⁵⁵ Carlos Henrique Bezerra Leite observa que, embora a Itália tivesse abandonado esse sistema paritário no período do “pós-guerra”, o Brasil manteve a mesma estrutura da Justiça do Trabalho desde a Constituição de 1934 (art. 122), até a Emenda Constitucional n.24, de 9.12.1999, que extinguiu a chamada representação classista. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTr, p. 88.)

Uma peculiaridade da Constituição de 1934 é a marca do corporativismo⁴⁵⁶. Esse corporativismo ficou expresso na organização do Poder Legislativo, com a presença, no processo de elaboração legislativa, da representação profissional e econômica ao lado da representação política. Na Câmara dos Deputados, além dos representantes eleitos por sufrágio universal, participaram os deputados classistas, representando as forças produtivas, o capital e o trabalho. Os representantes classistas compunham quatro divisões: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos (art. 23, § 3º).⁴⁵⁷

Apesar das significativas conquistas da Constituição de 1934, comparáveis no tempo, segundo Rosalina de Araújo Correa, apenas aos avanços da Constituição de 1988, as resistências ao seu modelo foram profundas, principalmente em decorrência do fortalecimento das oligarquias republicanas, derrotadas em 1930 e recompostas politicamente a partir de 1934, da intensificação dos movimentos de reivindicação operária e socialista (liderados, inclusive, por segmentos militares), e do avanço dos movimentos nacionalistas radicais de modelo fascista. Esses movimentos terminaram por levar a Constituição de 1934 ao fracasso, responsáveis, conseqüentemente, pela outorga da Constituição de 1937⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Em 1934 foi publicada a obra “O século do corporativismo” por Monailesco. Baseando-se na experiência corporativa italiana, o autor trata da ordem econômica autorregulada por meio das organizações profissionais dotadas dos necessários poderes públicos. Sua tese fundamental era de que o corporativismo era o destino necessário da organização do governo e da economia e era uma alternativa ao dirigismo estadual da economia. O corporativismo não era uma construção espontânea, mas doutrinal e política. Para Monailesco a organização corporativa deveria ser dualista na base, tendo na cúpula as corporações de representação conjunta. As corporações e os sindicatos deveriam ser obrigatórios. As decisões em matéria econômica deveriam pertencer exclusivamente à organização patronal. Defendia um parlamento corporativo e que a inscrição nas corporações deveria ser obrigatória. Pretendia substituir a regulação estadual pela corporativa. Os organismos profissionais deveriam ser públicos, licenciados pelo Estado. As funções reguladoras diziam respeito às relações de trabalho, aos assuntos sociais e questões econômicas. As corporações deveriam estabelecer sua própria direção por meio de regulamento corporativo e acordo intercorporativo. Baseando-se nos exemplos da Itália e de Portugal, Vital Moreira mostra que o modelo de autodireção corporativa da economia não ocorreu na prática e que os regimes corporativos históricos ficaram longe do modelo de autodireção corporativa da economia. Segundo o autor, o corporativismo estabeleceu-se em países de capitalismo atrasado, onde o Estado desempenhou papel de relevo na organização da economia. O corporativismo real significou a regulação estadual da economia por meio de corporações públicas. Vital Moreira entende que o corporativismo real serviu acima de tudo para controle dos sindicatos e domesticação da luta de classes. Os sindicatos foram confinados à regulação das relações de trabalho e de segurança social tendo sido afastados da regulação econômica. (MOREIRA, Vital. *Autorregulação profissional e administração pública*. Livraria Almedina: Coimbra, 1997, p. 137-144).

⁴⁵⁷ Álvaro Augusto de Borba Barreto esclarece que essa “representação das associações profissionais” foi discutida no Brasil, na Constituinte de 1933-4, como uma alternativa para a modernização do Estado. Ela prevaleceu até novembro de 1937, quando o Estado Novo interrompeu o funcionamento de todos os órgãos legislativos do país. Depois, nunca mais foi aplicada sob a forma parlamentar, afirmando-se como uma prática circunscrita àquele período e, ainda assim, de curta duração (apenas quatro anos). (BARRETO, Álvaro Augusto de Borba. *Representação das associações profissionais no Brasil: o debate dos anos 1930*. Revista Sociologia Política, Curitiba, 22, p. 119-133, jun. 2004).

⁴⁵⁸ ARAÚJO, Rosalina Correa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 2004.

A Constituição de 1934 teve vida curta.⁴⁵⁹ 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 – inovação que permaneceu, com pequenas alterações, em todos os textos constitucionais que a sucederam.

4.6 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

⁴⁵⁹ “Ao mesmo tempo em que tentou estabelecer uma ordem liberal e moderna, buscou também fortalecer o Estado e seu papel diretor na esfera econômico-social. O resultado não agradou a Vargas, que se sentiu tolhido em seu raio de ação pela nova carta. Em seu primeiro pronunciamento, Getúlio tornou pública sua insatisfação; em círculos privados, chegou a afirmar que estava disposto a ser o “primeiro revisor da Constituição.” (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).

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.**⁴⁶⁰ (destacamos)

O autor 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.⁴⁶¹ As duas correntes representavam, de um lado, os interesses dos juizes 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 previa 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.**⁴⁶² 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 José Duarte,⁴⁶³ 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”.

⁴⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2ª edição. Vol. III. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 179.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 179.

⁴⁶² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, t. III, 1938, p. 193.

⁴⁶³ DUARTE, José. *A constituição brasileira de 1946. Exegese dos textos à luz da assembleia Constituinte*. 2º volume. Rio de Janeiro, 1947, p. 430-461.

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 recaía 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 tribunais⁴⁶⁴, 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

⁴⁶⁴

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”. (*Ibidem.*) 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. Sobre o STF. Composição. *Ministros*).

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, 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, Pontes de Miranda 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”.⁴⁶⁵

Mesmo após a Emenda Constitucional nº 1/69 foi preservada essa mesma disposição no corpo do inciso IV do art. 144.⁴⁶⁶

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.

⁴⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 310.

⁴⁶⁶ “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”.

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 advogados⁴⁶⁷. Os órgãos de representação das classes dos advogados – Conselho Federal e Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil⁴⁶⁸ - e do Ministério Público – Conselho Superior em relação ao Ministério Público estadual e Colégio de Procuradores em relação ao Ministério Público da União⁴⁶⁹ - 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.⁴⁷⁰ 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 afirmarmos que foi a Carta de 34 que consolidou a participação de advogados e membros do Ministério Público no colegiado dos tribunais.

⁴⁶⁷ 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, DJ de 07/04/2006).

⁴⁶⁸ 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.

⁴⁶⁹ 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).

⁴⁷⁰ 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).

4.7 Considerações finais do capítulo

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. Diferentemente do Decreto nº 5.053 de 6 de novembro de 1926, que modificou a organização judiciária do Distrito Federal, possibilitando que o governo escolhesse livremente para os cargos de desembargadores advogados e membros do Ministério Público, 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 reforça a nossa hipótese de 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 Maria da Glória Bonelli, 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.”⁴⁷¹ 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 consequência, dentre outros fatores, dessa estratégia de demarcação de território pelos bacharéis-advogados, que se iniciou no período imperial, sobretudo com a criação do IOAB, se destacou na república velha na organização judiciária do Distrito Federal e se ampliou com a criação da OAB. A Constituição de 1934 apenas consolidou uma forma de composição dos tribunais que já vinha sendo aplicada no Distrito Federal e foi mantida, com adaptações, nas constituições posteriores.

⁴⁷¹ BONELLI, Maria da Glória. *O instituto da ordem dos advogados brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 14 nº 39 fevereiro/99, p. 72.

CONCLUSÃO

Embora no **período colonial** não se pudessem distinguir os poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e nem separar as funções judiciais das administrativas, é possível falar numa justiça com destaque para duas categorias de juízes: os eletivos e os profissionais. Aqueles eram leigos, sem remuneração, eleitos pelos “homens bons”, enquanto estes eram letrados, nomeados pelo rei.

O ingresso na carreira da magistratura exigia a graduação em direito pela Universidade de Coimbra, única universidade existente em Portugal e suas colônias, e a realização do exame de ingresso no serviço público, a “leitura dos bacharéis”. No tribunal da Relação do Rio de Janeiro no século XVIII, bem como no da Bahia e nos tribunais portugueses, os desembargadores eram magistrados de carreira que passavam por um *cursus honorum* cujas características eram: a hierarquização – a justiça local era atribuída a juízes leigos em direito e as jurisdições mais amplas aos magistrados profissionais -, a crescente burocratização – todos os desembargadores eram formados em direito e tinham uma carreira profissional progressiva - e a rotatividade dos cargos - a fim de desvincular os funcionários reais dos interesses locais.

Ser desembargador da Relação representava a consolidação de um processo de ascensão de setores intermediários desta sociedade estamental. Na época tanto o exercício da magistratura na burocracia real como o de cargos na administração local atribuíam o *status* de nobreza. Havia interesse dos bacharéis na criação dos tribunais como forma de alargar suas oportunidades profissionais, num segmento burocrático promissor de bens, prestígio e poder.

Não havia previsão de participação de advogados como julgadores nos Tribunais da Relação da Bahia e do Rio de Janeiro. Dentre os desembargadores se incluía o Procurador da Coroa, Fazenda e fisco e Promotor de Justiça que exercia funções de ministério público, numa época em que este ainda se confundia com a atividade judicial.

Na época da Independência, a legislação **imperial** manteve a distinção entre juiz letrado e leigo feita pela legislação colonial. O art. 163 da Constituição de 1824 previa que Supremo Tribunal de Justiça seria composto de “juizes letrados”, o que significava “bacharéis formados em Coimbra” sendo o Poder Judiciário, nesta época, um prolongamento do aparelho de Estado português.

Na construção do império, a formação jurídica dos funcionários públicos era um dos pontos de divergência entre centralizadores e federalistas. Para aqueles, o que importava era a

imparcialidade do funcionário que adviria: de quem o nomeasse – o poder central; da superioridade do seu treinamento – bacharel com prática; e vínculo com o Estado – salário e deslocamento pelo território nacional. Já treinamento específico e assalariamento não tinham relevância para os federalistas, para quem o pertencimento à localidade e a eleição eram elementos fundamentais ao bom funcionamento da máquina política.

Muitas discussões envolveram os cidadãos eleitos da localidade, sobretudo o promotor, o juiz de paz e o júri popular, que originaram várias reformas legislativas. Os conservadores viam nessas figuras uma ameaça ao controle social, a incapacidade de aplicarem corretamente as leis, as causas da má administração da justiça.

No entanto, por ocasião da Reforma de 3 de dezembro de 1841, verificou-se que um dos argumentos que justificou a Lei foi que a atribuição de funções judiciais a magistrados profissionais era considerada uma necessidade tanto pelos liberais moderados, como pelos conservadores, em vista das críticas à ignorância, à corrupção e à parcialidade dos juízes leigos. Mas constatamos que essas críticas poderiam ser estendidas aos juízes profissionais, já que era comum o exercício das atividades político-partidárias por esses juízes, o que implicava, por um lado, a expectativa de lealdade destes no exercício de suas funções pelos chefes responsáveis por sua colocação e, por outro lado, que os magistrados esperassem do governo a recompensa por sua fidelidade partidária e a cada mudança de gabinete almejavam alcançar posições mais vantajosas.

Percebe-se que os liberais da década de 1860 diferenciam-se dos seus antecessores das décadas de 1830 e início dos anos 1840, pois enquanto estes eram fortemente dominados pelos proprietários rurais, cujas demandas tinham como eixo a descentralização política, tendo como figuras principais o juiz de paz e o tribunal do júri, aqueles eram oriundos também dos novos grupos sociais urbanos. Suas propostas, embora não constituíssem um programa homogêneo de reformas, viam na constituição de uma magistratura independente uma forma de ampliar as garantias às liberdades individuais.

Sérgio Buarque de Holanda ressalta que a estrutura da nossa sociedade colonial teve suas bases no meio agrário, fora do espaço urbano, o que permitiu aos filhos de fazendeiros escravocratas – educados que eram para as profissões liberais – monopolizar a política, seja através da própria elegibilidade seja fazendo eleger seus candidatos, e dominar as posições de mando da sociedade, ocupando, desta feita, os parlamentos, os ministérios e, mais tarde, a magistratura. Esse incontestado e estável domínio, segundo o autor, propiciou a que muitos dos representantes da classe dos antigos senhores pudessem se dar ao luxo de inclinações antitradicionalistas, empreendendo inclusive alguns movimentos liberais. Ele alerta que

mesmos os liberais, tendo em vista a classe a que pertenciam, transitavam facilmente para uma posição conversadora, quando lhes convinha, o que demonstra pouca substância em posturas e argumentos capazes de fato de exercer uma pressão mais assertiva no sistema de política em vigor.

Em razão dos vínculos familiares muito estreitos, não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade compreenderem a distinção fundamental entre os domínios público e privado, caracterizando o funcionário “patrimonial”.

Como o objetivo era alcançar aos saltos – e não no curso da carreira – altos postos e cargos rendosos, era comum a ocupação de cinco ou seis cargos sem de fato exercê-los. Isso justifica o fato de magistrados não togados exercerem com baixa remuneração sua função – que não era a única –, servindo muito mais a magistratura como título e posição de influência. Aos bacharéis, o título de doutor e o anel de grau representavam virtudes de maior grau de importância.

Nesse contexto de valorização do bacharelismo, os esforços no sentido da profissionalização da advocacia, sobretudo com a criação do IAB, e suas estratégias de influência junto ao poder, foram galgando resultados. Os discursos em prol das reformas liberais de 1860 apresentadas por Nabuco de Araújo - da antiguidade combinada com o noviciado - era decorrência das pressões exercidas pelos bacharéis por melhores oportunidades de ingresso e de ascensão na magistratura, num momento em que os cargos públicos não conseguiam mais absorver o número de bacharéis que se formavam. Ressalta-se sua mudança de posição em relação ao Tribunal do Comércio, e que como presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, defendeu a criação de uma Ordem dos Advogados e ainda, que advogados notáveis pudessem ser nomeados juízes.

Não havia, no entanto, previsão de participação dos advogados como desembargadores, sendo que os membros das Relações eram escolhidos de uma lista de quinze juízes de direito mais antigos. Também no Supremo Tribunal de Justiça os seus membros eram nomeados dentre os desembargadores por antiguidade.

Já o Procurador da Coroa era o órgão do Ministério Público perante a Relação, mas nos feitos em que não tivessem de intervir como órgãos do ministério público, os Procuradores da Coroa das Relações das províncias julgavam como os outros Desembargadores.

Quanto aos promotores, inicialmente eleitos nas localidades, com a Reforma do Código de Processo em 1841, passaram a ser funcionários do Estado: eram nomeados pelo poder central (Imperador ou presidentes de províncias), poderiam ser demitidos *ad nutum*,

deveriam ser necessariamente bacharéis formados e seus ordenados seriam arbitrados pelo poder central, além de receber emolumentos por desempenho. Com essa Reforma, passaram a poder ser deslocados para o cargo de juiz de direito, cargo mais importante e com vencimentos maiores, ficando, a partir desse ingresso na magistratura, sujeitos a serem deslocados pelo território nacional.

Na passagem do império à república, houve uma grande continuidade na forma de organização do poder judiciário, pois com essa forma de organização eram mantidos os mecanismos de gestão da carreira dos magistrados profissionais sob o controle do governo, agora em âmbito estadual. O esquema da política dos governadores, com seu sistema de alianças entre facções oligárquicas, permitiu a consolidação do poder federal e dos Estados, mantendo as condições mínimas para a reprodução da dominação e estabilizando a política da primeira república. Por todo lado, como na Monarquia, havia juízes políticos. A Constituição republicana não aprovou abertamente a prática, mas também não a proibiu. A vedação de atividade político-partidária aos magistrados só veio com a Constituição de 1934.

Ao “Ministério Público”, a Constituição de 1891 só fez menção no art. 58, § 2º, dispondo que o Presidente da República designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República. Assim, o Procurador da República substituiu o antigo Procurador da Coroa existente no império. Mas ficou a cargo da lei a regulação do Ministério Público nos âmbitos federal, estadual e distrital, que adquiriu, nas palavras de Amaro Cavalcanti, o *status* de “instituição”. As alterações legislativas que ocorreram durante a vigência da Carta de 1981, referentes à instituição, provocaram uma ampliação do seu campo de atuação, que passou a ser mencionado como “verdadeiro poder de Estado”, embora fosse recorrente a crítica dos juristas da época quanto à sua dependência em relação ao Executivo.

Em relação ao Poder Judiciário, a Constituição estabeleceu a dualidade da justiça e a do direito processual, o que gerou debates durante toda a República Velha.

Sobre a Justiça Federal, essa carta estabelecia, seguindo o disposto no Decreto 848, que seria exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juízes inferiores intitulados Juízes de Seção. Foi regulado que os juízes de seção seriam nomeados pelo Presidente da República dentre os cidadãos habilitados em direito com prática. O Supremo Tribunal Federal compor-se-ia de quinze juízes, que poderiam ser tirados dentre os juizes seccionais ou dentre os cidadãos de notável saber e reputação, nomeados pelo Presidente da República, dependendo da aprovação do Senado.

Em cada seção da justiça federal atuava além do juiz seccional um juiz substituto e quando estes não podiam funcionar no caso, o Presidente da República poderia nomear um juiz *ad hoc*. Posteriormente, em substituição ao juiz *ad hoc*, foi criado o cargo de juiz suplente do substituto do juiz seccional. Os suplentes eram nomeados pelo governo federal, por indicação do juiz seccional, selecionado dentre bons cidadãos que estivessem no gozo dos direitos políticos, com preferência os graduados em direito, para servirem durante quatro anos.

Eram muitos os problemas atribuídos à Justiça Federal. Não existia uma carreira a ser seguida pelos juízes seccionais. Os poucos juízes federais que foram nomeados para o STF (durante a primeira república foram 5) não o foram devido a algum sistema de mérito profissional, nem a antiguidade, mas a ligações pessoais, principalmente por parentesco com os chefes políticos. Os ministros do STF eram escolhidos dentre auxiliares do Presidente da República ou entre os membros de facções aliadas a ele e todos eram bacharéis em direito. Já o juiz suplente e o juiz *ad hoc* eram considerados o ponto mais fraco da organização da justiça, criticados por serem quase sempre leigos, e por serem nomeados e mantidos para fins eleitorais e políticos.

Em relação à justiça dos Estados, como a Constituição de 1891 não explicitou sua estrutura, as leis de organização judiciária variaram muito. No que tange à nomeação de magistrados, permaneceram as discussões em torno do sistema a ser adotado. As objeções ao sistema eletivo eram muitas: desde o perigo para a estabilidade política representado pela fragmentação do poder político entre juízes locais eleitos até críticas à incompetência profissional, à corrupção e ao facciosismo político dos juízes de paz. Os críticos da livre nomeação dos juízes pelo governo tomavam as objeções levantadas pelos liberais no período imperial a esse sistema e pretendiam instituir o sistema de concursos e a nomeação de magistrados pelos tribunais superiores. Contra essas propostas era argumentado que se o sistema de concurso era apto para verificar a aptidão científica do candidato não possibilitava a verificação da sua qualificação moral para o cargo, e que a nomeação dos magistrados pelos membros do tribunal de justiça possibilitaria a submissão do estado a uma casta de magistrados. A rejeição às propostas liberais de organização judiciária atingia, ainda, os critérios para promoção dos juízes. O princípio da antiguidade pura para a promoção, posposto várias vezes durante o império como forma de evitar a dependência dos magistrados em relação ao governo, era oposto ao do merecimento, o qual era defendido como a única forma de incentivar os juízes ao trabalho e estudo. Porém, apesar de aparentar a adoção de um critério moderno de mérito para as promoções, essa forma de nomeação permitia, no sistema

de compromisso do coronelismo, que as vagas das comarcas superiores e dos tribunais fossem preenchidas a partir de critérios de troca de favor entre magistrados e governantes. O controle do mecanismo de promoção pelo governo do estado era também um importante meio de dissuasão de eventuais conflitos entre os juízes e os poderes locais.

Ao Distrito Federal, com o Decreto 1.030, foi conferido o direito de regular o acesso dos seus juízes e de criar uma carreira judiciária. A atribuição para nomear os magistrados foi dada ao Presidente da República, o que foi acompanhada de providências, quais sejam: tirocínio na advocacia, no Ministério Público ou noutra judicatura. Quanto ao princípio da antiguidade, aplicado à magistratura, foi combinado com o do merecimento.

A organização judiciária do Distrito Federal foi alterada várias vezes. Apesar das diferenças, tanto a Lei 1.388, de 4 de janeiro de 1905, quanto o Decreto 9.263, de 8 de dezembro de 1911, exigiram, para a investidura no cargo de juiz de direito, o exercício em cargo de judicatura, Ministério Público ou na advocacia e mantiveram a determinação de que os desembargadores fossem nomeados dentre os juizes de direito na ordem de antiguidade.

O Decreto 16.273 de 1923 trouxe inovações estabelecendo a promoção de juiz de direito em 3 entrâncias, feita por merecimento e por antiguidade. E para a nomeação de juízes, além da formação em direito e prática na advocacia, magistratura ou Ministério Público, introduziu o concurso como critério de seleção. Quanto aos desembargadores, previu que seriam nomeados dentre os juizes de direito, que fizessem parte das listas de promoção, sendo um terço por absoluta antiguidade e dois terços por merecimento.

Apesar dessa regra, com o Decreto 5.053, de 6 de novembro de 1926, que criou seis novas vagas de desembargador, foi determinada uma regra de **composição heterogênea** para o seu preenchimento, estabelecendo que o governo os escolheria livremente entre os doutores ou bacharéis em Direito, com notório saber atestado pela prática da advocacia ou pela experiência acumulada como membro do Ministério Público. Ou seja, pela primeira vez se permitiu o preenchimento do cargo de desembargador por indicação de advogados ou membros do Ministério Público.

Observamos que todas as leis que trataram da organização da Justiça Federal e da Justiça do Distrito Federal exigiram a prática jurídica prévia para a o exercício da magistratura (o que também se verificou em relação aos cargos do Ministério Público). Várias justificativas foram apontadas para essas “conquistas”: uma reação ao corporativismo dos magistrados do império, a ideia de que a presunção de capacidade não ficava restrita à classe dos magistrados, a facilitação da escolha de magistrados, a busca de maior independência para a magistratura, etc. Alegava-se que o diploma ou certificado de habilitação não poderia ter a

força intrínseca suficiente para, por si só, conduzir ao exercício da atividade judicial, já que o estudo do direito se ressentia da falta de cunho prático, tendo em vista o ensino exclusivamente teórico das ciências jurídicas.

O que nos parece um fator determinante para a inserção dos advogados e dos membros do Ministério Público na magistratura foi a demarcação de campo conquistada pelos membros do IOAB, por meio das estratégias por eles implementadas, a fim de se mostrarem indispensáveis ao Estado e à justiça. Em razão do aumento do número de faculdades de direito, do excesso de bacharéis e do exercício da atividade por solicitadores, seus discursos passaram a reforçar a distância da política e uma conduta com aparência mais técnica.

Assim, a técnica jurídica passou a ser usada como um “poder simbólico”, no sentido cunhado por Pierre Bourdieu, a fim de assegurar a dominação de uma classe sobre a outra impondo a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses. Como afirma o autor, a linguagem jurídica consiste no uso particular da linguagem vulgar e o desvio entre os dois significados distingue os utilizadores de um código erudito (juízes, etc) e os simples profanos.⁴⁷²

No que tange à inserção de advogados e membros do Ministério Público especificamente nos tribunais, ocorrida inicialmente na Corte do Distrito Federal, com a publicação do Decreto 5.053, de 6 de novembro de 1926, constatamos que a regra provocou grande celeuma.

Analisando os debates ocorridos no Congresso Nacional durante a elaboração do decreto, verificamos a intenção do autor da emenda de beneficiar os advogados, defendendo a capacidade destes de julgarem como juiz; desconfiamos de que a regra surgiu com o objetivo de agradar o Presidente da República deixando ao seu arbítrio a designação de juízes, possibilitando a premiação de alguns amigos e a intervenção no tribunal por meio da modificação radical de sua jurisprudência; identificamos uma reação corporativa dos magistrados de carreira do Distrito Federal que se sentiram preteridos no seu direito de acesso ao cargo de desembargador.

Pela análise das revistas e atas do IOAB, em que a reorganização judiciária também foi muito discutida, a ponto de elaborar um projeto sobre o tema e enviá-lo à Câmara dos Deputados, não encontramos nenhum debate a respeito da regra de participação dos advogados como desembargadores. Muito se comentou, porém, sobre o fato de o Presidente da Corte de Apelação ter reservado duas salas privativas aos advogados – uma destinada

⁴⁷² BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 12ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

especificamente aos membros do Instituto - no Palácio da Justiça, que foi construído para abrigar a nova Corte. Ficou evidente, portanto, a proximidade entre os membros do IOAB e o Presidente da Corte de Apelação do Distrito Federal, na época, o Desembargador Astoupho Nápoles de Paiva.

A inovação do Decreto 5.053 do Distrito Federal serviu de modelo para os Estados, tendo sido adotada, por exemplo, na Constituição Estadual da Bahia, considerando o texto consolidado até 1929. No entanto, a consolidação da participação dos advogados e membros do Ministério Público no colegiado dos tribunais se deu com a criação da regra do quinto constitucional na Constituição de 1934.

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 Assembléia 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 competiam 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 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.

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 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. Diferentemente do Decreto 5.053, de 6 de novembro de 1926, que modificou a organização judiciária do Distrito Federal, possibilitando que o governo escolhesse livremente para os cargos de desembargadores advogados e membros do Ministério Público, 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 reforça a nossa hipótese de demarcação do campo dos bacharéis-advogados.

Conforme se depreende dos anais da assembleia 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 Maria da Glória Bonelli, 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.”⁴⁷³ 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 consequência, dentre outros fatores, dessa estratégia de demarcação de território pelos bacharéis-advogados, que se iniciou no período imperial, sobretudo com a criação do IOAB, se destacou na república velha na organização judiciária do Distrito Federal e se ampliou com a criação da OAB. A Constituição de 1934 apenas consolidou uma forma de composição dos tribunais que já vinha sendo aplicada no Distrito Federal e foi mantida, com adaptações nas constituições posteriores.

Em se tratando de um fato jurídico-social complexo, não pretendemos reduzir a sua interpretação a uma única explicação. O surgimento da regra do quinto deve ser considerado o resultado do amoldamento da forma de nomeação de magistrados, que se modificou ao longo de séculos. As disputas pela centralização e descentralização do poder, a intrincada relação entre política e justiça, a necessidade de tornar a magistratura mais independente e livre das pressões políticas, a reação ao corporativismo da magistratura e ao unitarismo do poder, a possibilidade de o Governante interferir no tribunal elegendo arbitrariamente seus membros são fatores que, em conjunto, servem para justificar a consolidação da participação de advogados e membros do Ministério Público nos colegiados dos tribunais. Mas procuramos mostrar, ao longo do trabalho, a constante proximidade entre os membros do IOAB (depois

⁴⁷³ BONELLI, Maria da Glória. *O instituto da ordem dos advogados brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 14 nº 39 fevereiro/99, p. 72.

OAB) com o centro de poder – Rio de Janeiro ou Distrito Federal, e a estreita relação entre bacharéis-advogados com o Poder Judiciário.

Por fim, destacamos que a motivação para a criação da regra do quinto constitucional não se equivale a que é usada atualmente a favor do instituto, isto é, levar às Cortes experiências profissionais que constituem visões diferentes da Justiça, possibilitando uma oxigenação do Poder Judiciário, com a renovação de posturas e entendimentos. Em nenhum momento da pesquisa encontramos alguma justificativa nesse sentido. Enfim, 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. Mas demos apenas o primeiro passo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ANAIS. Senado Federal. *Discursos proferidos no ano de 1871 pelo excelentíssimo Sr. Conselheiro Jose Thomaz Nabuco de Araújo*. Disponível em www.senado.gov.br/anais/. Acesso em 10 out. 2013.

ANAIS. Senado Federal. *Anais da República. Ano de 1926*. Disponível em www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/RP_AnaisRepublica.asp Acesso em 10 out. 2013.

ANNAES. *Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*. V 1 Imprensa Nacional Rio de Janeiro, 1936.

_____. *Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*. V 10 Imprensa Nacional Rio de Janeiro, 1936.

ARAÚJO, Rosalina Correa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 2004.

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, p. 386-421.

BAETA, Herman Assis (coord). *Historia da Ordem dos Advogados do Brasil. Volume 2 Luta pela criação e resistências*. Brasília: OAB, 2003.

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

BARRETO, Álvaro Augusto de Borba. “Representação das associações profissionais no Brasil: o debate dos anos 1930”, in: *Revista Sociologia Política*, Curitiba, 22, p. 119-133, jun. 2004.

BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

BASTOS, José Tavares. *Reforma da justiça federal: estudo critico da instituição, sua reorganização : projectos apresentados sobre a sua reforma no parlamento e pareceres*. São Paulo: Ed. Livraria Magalhães, 1912.

BERNARDES, Arthur da Silva. *Mensagem apresentada ao Congresso Nacional na abertura da terceira sessão da décima segunda legislatura pelo Presidente da República Arthur da Silva Bernardes*. Rio de Janeiro: 1926. Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/arthur-bernardes/mensagens-presidenciais/mensagem-ao-congresso-nacional-na-abertura-da-terceira-sessao-da-decima-segunda-segunda-legislatura-1926/download> Acesso em 10 de out. 2013.

BIOAB. *Boletins do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros* publicados entre 1918 e 1934. As publicações foram reencadernadas e constam no acervo da Biblioteca do Instituto da

Ordem dos Advogados Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro. A Biblioteca não conseguiu recuperar as publicações dos anos de 1919 a 1924.

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.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BONELLI, Maria da Glória. “O instituto da ordem dos advogados brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos centrados no mercado”, in: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 14 nº 39 fevereiro/99.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 12ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

BRASIL, Biblioteca Nacional Digital. *Hemeroteca digital brasileira*. Disponível em <http://hemerotecadigital.bn.br/> Acesso em 10 out. 2013.

CABRAL, Oswaldo R. *Os juízes de fora (Nossa Senhora do Destêrro)* Florianópolis: Imprensa Oficial, 1950.

CAMPOS, Adriana Pereira, BETZEL, Viviani Dal Piero. “A justiça e o júri oitocentistas no Brasil”, in: *Justiça & História*, v. 6, p. 66 - 100, 2008.

CARVALHO, Alberto Antonio de Moraes. *Praxe forense ou diretório pratico do processo civil brasileiro conforme a legislação do império*. Tomo Primeiro. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007.

CARDOSO, Fernando Henrique. “Dos governadores militares a Prudente – Campos Sales”, in: *História Geral da Civilização Brasileira Tomo III O Brasil Republicano 1º volume Estrutura de poder e economia*. 2ª edição. São Paulo: Difel, 1977.

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.

CAVALCANTI, Amaro. *Comentários ao Decreto 2.597 de 16 de agosto de 1897*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/novoconteudo/Legislacao/Republica/leis1897-1198p/pdf82-.pdf#page=10>.

_____. *Regimen Federativo. A Republica Brasileira*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900, p. 255.

COSER, Ivo. Visconde do Uruguai. *Centralização e federalização no Brasil 1823-1866*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

DIÁRIOS. Câmara dos Deputados. *Pesquisa em Diários, ano 1926*. Disponível em http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp. Acesso em 10 out. 2013.

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

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRA, Tânia Maria Bessone da Cruz. “Magistrados e Bacharéis: as novas necessidades de ascensão social”, in: *Historia da Ordem dos Advogados do Brasil. Volume 1 O IAB e os advogados no Império*. Herman Assis Baeta (coord.) Brasília: OAB, 2003.

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 10 out. 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

IAB, Atas. *Sessões ocorridas nos anos de 1924 a 1926*, encadernadas pelo Instituto dos advogados Brasileiros do Rio de Janeiro.

JORNAL. *Folha da Manhã*, dia 7 de novembro de 1926, primeiro caderno. Disponível em <http://acervo.folha.com.br/fdm/1926/11/07/141/>.

KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

LEAL, Victor Nunes. “O Poder Judiciário” in *Brasil 1900-1910*. V 1. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, 1980.

_____. “Justiça Ordinária Federal,” in: *Revista brasileira de estudos políticos. Número especial sobre poder judiciário no Brasil*. 34 julho de 1972. Universidade Federal de Minas Gerais.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTr.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil-Império*, São Paulo: Saraiva, 2010.

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

LYNCH, Christian Edward Cyril. “O caminho para Washington passa por Buenos Aires. Recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898),” *in: RBCS* Vol. 27 n° 78 Fevereiro /2012, p. 151.

_____. “O momento oligárquico: a construção institucional da república brasileira (1870-1891),” *in: História Constitucional*, n. 12, 2011. <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/viewArticle/304> Acesso em 10 out. 2013.

MANGABEIRA, João. *Em trono da Constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934, p. 109-111.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. “Magistrados e processo: impressões da literatura jurídica nacional (1832-1876)”, *in: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, realizado em Brasília – Distrito Federal nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Os Presidentes e a República Deodoro da Fonseca a Dilma Rousseff*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2012, 5ª edição.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; NEVES, Edson Alvisi. *Elite e cultura jurídica fluminense nos primeiros anos da Faculdade de Direito de Niterói (UFF)*. Trabalho publicado nos Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI realizado em Vitória - ES nos dias 16, 17, 18 e 19 de Novembro de 2011.

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.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Livraria Almedina: Coimbra, 1997.

MUSEU DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Serviço de Pesquisa Histórica. Consulta feita pelo e-mail dgcon.sepeh@tjrj.jus.br.

NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império*. Volume único. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1975.

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

NEDER, Gizlene. “Coimbra e os juristas brasileiros”, *in: Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: ano 3, nos. 5-6, 1998, pp. 195-214.

NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na corte do império do Brasil: o Tribunal do Comércio*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008.

_____. “Princípios Gerais da Jurisdição Administrativa nos Tribunais do Império”, in: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XX, p. 77-95, 2009 .

OLIVEIRA, Lucia Lippi. “Vargas, os intelectuais e as raízes da ordem p. 83-96,” in: *As instituições brasileiras da Era Vargas*. D'ARAUJO, Maria Celina (Organizadora). Rio de Janeiro: Ed. UERJ: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, 212 p.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO. Portal da memória. História da OAB. *A criação da OAB*. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/historia-da-oab/a-criacao-da-oab/> Acesso em 10 out. 2013.

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” in: *Rev. TST*, Brasília, vol. 71, nº 3, set/dez 2005.

PENA, Martins. *O juiz de paz da roça*. Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional do Livro.

PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. *Antecedentes do TJDF* (1602 - 1808). Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/institucional/centro-de-memoria-digital/historico/antecedentes> Acesso em 10 out. 2013.

PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1961.

RIOAB. *Revistas do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, dos anos de 1862 a 1893 e de 1905 a 1907. As revistas foram reencadernadas e constam no acervo da Biblioteca do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, na cidade do Rio de Janeiro.

RODYCZ, Wilson Carlos. “O Juiz de Paz Imperial: Uma Experiência de Magistratura Leiga e Eletiva no Brasil”, in: *Revista Justiça & História*, Volume 3, nº 5, 2003.

SADEK, Maria Tereza. “A organização do poder judiciário no Brasil”, in: *Uma introdução ao estudo da justiça*. SADEK, Maria Tereza (org.). Idesp, Rio de Janeiro: Ed. Sumaré, 1995.

SALLES, Manoel Ferraz de Campos. *Exposição apresentada ao Chefe do Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil pelo general Dr. Manoel Ferraz de Campos Salles. Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça*. Em janeiro de 1891. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

_____. *Exposição de motivos do Decreto 1030 de 14 de novembro de 1890 que organiza a justiça no Distrito Federal*. Disponível em

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1030-14-novembro-1890-505536-norma-pe.html> Acesso em 10 out. 2013.

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

SIMÕES, Teotônio. *Os bacharéis na política - a política dos bacharéis*. Tese de doutoramento (Ciências Sociais) São Paulo: USP, 1983.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Jurisprudência – Inteiro Teor Acórdãos*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em 10 out. 2013.

TORNAGHI, Helio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, v 1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Exposição da história do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. 2005.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Currículos*. Disponível em www.tst.jus.br/ministros. Acesso em 10 out. 2013.

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

VELLASCO, Ivan de A. “A reforma de 1841 e seu impacto nos padrões de operatividade da Justiça”, in: *História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*. Gizlene Neder (org.) Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEHLING, Arno. *Administração portuguesa no Brasil, 1777-1808*. Brasília: Funcep, 1986.

WEHLING, Arno e Maria José. “A questão do direito no Brasil colonial (a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais)”, in: *História & Direito jogos de encontros e transdisciplinaridade*. Gizlene Neder (org.) Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renova, 2004.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Legislação

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DA BAHIA. *Constituição Estadual da Bahia de 1890, considerando o texto consolidado até 1929*. Disponível em <http://www.al.ba.gov.br/v2/index.cfm>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841*. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-261-3-dezembro-1841-561116-publicacaooriginal-84515-pl.html>. Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto n. 9.263, de 28 de dezembro de 1911*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-9263-28-dezembro-1911-516646-republicacao-100262-pe.html>. Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto 16.273 de 20 de dezembro de 1923*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16273-20-dezembro-1923-509027-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Câmara dos deputados. *Decreto nº 1, de 15 de Novembro de 1889*. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1-15-novembro-1889-532625-publicacaooriginal-14906-pe.html>. Acesso em 10 out. 2013.

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> Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto 1.030 de 14 de novembro de 1890*. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1030-14-novembro-1890-505536-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 10 out. 2013.

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. Coleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1905. V I Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907. Actos do Poder Legislativo. *Lei 1.338 de 4 de janeiro de 1905*, p. 10. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/republica> Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Coleção das Leis da República (1889-200) Atos do Poder Executivo. 1905 (janeiro a junho) *Decreto nº 5.561, de 19 de junho de 1905*, p. 350. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/republica> Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Coleção das Leis da República (1889-200) Atos do Poder Executivo. 1905 (janeiro a junho) *Regulamento do Decreto 5561 de 19 de junho de 1905*, p 350-413. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/republica> acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Coleção das Leis do Império (1808-1889). Atos do Poder Legislativo (1934) *Lei n. 16 de 12 de agosto de 1834*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio/colecao3.html>. Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Coleção das Leis do Império (1808-1889). Atos do Poder Legislativo (1840) *Lei n.105 de em 12 de maio de 1840*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/doimperio/colecao3.html> acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. *Consolidação das Disposições Legislativas e regulamentares concernentes ao processo Civil, pelo Dr. Antonio Joaquim Ribas, do Conselho de sua majestade o Imperador, aprovado pela Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876.*

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei de 29 de novembro de 1832.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824).* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei 2.033 de 20 de setembro de 1871.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM2033.htm. Acesso em 16 de jul de 2011.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Lei nº 221, de 30 de novembro de 1894.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm Acesso em 10 out. 2013.

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 Acesso em 10 out. 2013.

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 acesso em 10 out. 2013.

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 acesso em 10 out. 2013.

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 Acesso em 10 out. 2013.

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 acesso em 10 out. 2013.

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 Acesso em 10 out. 2013.

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 Acesso em 10 out. 2013.

BRASIL. *Regimento da Relação da Bahia*. Disponível em http://iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/~ius/verlivro.php?id_parte=116&id_obra=74&pagina=363.

BRASIL. Senado Federal. Subsecretaria de Informações. *Lei de 18 de setembro de 1828*. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=L&tipoTexto=PUB>. Acesso em 10 out. 2013.

FERREIRA, Vieira. *Juízes e Tribunais do Primeiro Império e da Regência*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, Boletim do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1937.

FILGUEIRAS JUNIOR, Araujo. *Código do processo do império do Brasil e todas as mais leis que posteriormente foram promulgadas, e bem assim todos os decretos expedidos pelo poder executivo, relativamente a's mesmas leis, tendo em notas todos os avisos que entendem com a materia do texto e tambem os accordãos do supremo tribunal e das relações do império, que explicão a doutrina das diversas leis e regulamentos e ensinão a melhor pratica*. Tomo I Rio de Janeiro: Casa dos Editores-Proprietarios Eduardo & Henrique Laemmert 66, Rua do Ouvidor, 66, 1874.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO Brasil. *Aviso de 7 de agosto de 1843*. Disponível em <http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/Anexos.pdf> Acesso em 10 out. 2013.

ORDENAÇÕES FILIPINAS ON- LINE. *Ordenações Filipinas, Livro I, título I, preâmbulo*. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/> Acesso em 10 out. 2013.

PODER JUDICIÁRIO. Conselho da Justiça Federal. Justiça Federal. Legislação. *Decreto 848 de 1890 e Exposição de motivos*. Brasília, 1993, p. 13.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1909*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaR&pagina=regimentointerno1909principal> Acesso em 10 out. 2013.

