

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO DE VAGA ÍMPAR RECÉM-CRIADA, DESTINADA AO QUINTO CONSTITUCIONAL. INOBSERVÂNCIA DA REGRA DE ALTERNÂNCIA ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E A ADVOCACIA, PREVISTA NA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto o art. 9º, parágrafo único, da Lei Complementar n.º 266/22, do Estado do Piauí (com a redação dada pela Lei Complementar 294/2024). Esse dispositivo estabelece que a nova vaga ímpar reservada ao quinto constitucional, decorrente da ampliação do número de membros do Tribunal de Justiça, será preenchida por membro da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. *Fatos relevantes.* A última vaga ímpar do Tribunal foi destinada a advogado. No entanto, o histórico indica que o Ministério Público esteve em superioridade numérica entre 1978 e 1992, enquanto a advocacia preponderou na composição do Tribunal entre 2003 e 2005.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Saber se o provimento da vaga ímpar recém-criada, destinada a membros do Ministério Público e advogados que integrem o quinto constitucional (art. 94 da Constituição), deve observar os critérios de alternância e sucessividade previstos no art. 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35/1979).

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. O art. 100, § 2º, da LOMAN, não alcança o provimento inicial da primeira vaga ímpar destinada ao quinto constitucional. No entanto, o critério estabelecido pelo legislador complementar deve ser observado para o provimento de todas as demais vagas ímpares, sejam elas criadas em razão de vacância ou da ampliação do número de membros do Tribunal.

5. O texto do art. 100, §2º, da LOMAN não restringe o seu alcance às vagas decorrentes de vacância. Na verdade, o dispositivo afirma que o provimento da vaga ímpar deve ser realizado de tal forma que, “também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma Unidade”. Não haverá alternância

sucessiva se, no caso de assento novo, o respectivo tribunal puder adotar critério diverso.

6. O equilíbrio na composição do quinto constitucional será concretizado a partir do *número* de provimentos destinados a uma e outra classe, e não a partir do *tempo* em que, ocupando a vaga de número ímpar, permaneceram com um membro a mais na composição do tribunal. Esse entendimento foi adotado no único precedente específico desta Corte sobre o tema (MS 36.532, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 22.05.2020) e vem sendo reafirmado pelo Conselho Nacional de Justiça.

7. O único julgado colegiado em que esta Corte deixou de aplicar o art. 100, §2º, da LOMAN versava hipótese de provimento da primeira vaga ímpar da *história* do Tribunal (MS 23.972, Rel. Min. Carlos Velloso). Diferentemente do caso em análise, não havia provimento anterior de vaga ímpar, de modo que a aplicação da regra de alternância sucessiva prevista na LOMAN seria impossível.

8. Eventual alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal tornaria imprevisível a destinação de novas vagas ímpares integrantes do quinto constitucional. O critério objetivo estabelecido na LOMAN seria substituído pela discricionariedade relativa de cada Tribunal. A enorme probabilidade de que os períodos de preponderância das classes sejam distintos, aliada à falta de critério objetivo para aferir quais disparidades necessitariam de correção, resultaria em decisões casuísticas sobre a destinação das vagas.

9. O critério da “superioridade histórica” não assegura a correção de eventuais disparidades, já que não é possível antever por quanto tempo cada advogado ou membro do Ministério Público ocupará o assento. Nas palavras do Min. Ricardo Lewandowski, “[q]uando a preponderância de classes é revista sempre que abre uma vaga referente ao quinto constitucional, as distorções temporais, por uma questão de probabilidade, tendem a ser inferiores”. Nesse cenário, o benefício almejado pela alteração da orientação jurisprudencial é incerto, ao passo em que a insegurança quanto ao critério a ser adotado pelos Tribunais é inequívoca.

IV. DISPOSITIVO E TESE

10. Pedido que se julga procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 9º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 266/2022, do Estado do Piauí (com a redação

da Lei Complementar nº 294/2024).

Tese de julgamento: A vaga ímpar destinada a membros do Ministério Público e advogados pelo quinto constitucional (art. 94 da Constituição), aberta em decorrência de vacância ou da criação de novos cargos, deve ser provida nos termos do art. 100, §2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979).

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 94; Lei Complementar nº 35/1979, art. 100, §2º.

Jurisprudência relevante citada: MS 20.597 (1986); Rel. Min. Octavio Gallotti; MS 23.972 (2001), Rel. Min. Carlos Velloso; MS 36.532 (2020), Rel. Min. Marco Aurélio; MS 34.523 AgR (2021), Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE):

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), para impugnar o art. 9º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 266/2022, do Estado do Piauí (Lei de Organização Judiciária), com a redação dada pela Lei Complementar nº 294/2024. Esse dispositivo estabelece que a nova vaga destinada ao quinto constitucional, de número ímpar, decorrente da ampliação do número de membros do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, será preenchida por membro proveniente da Ordem dos Advogados do Brasil. Transcrevo o teor da norma impugnada:

“Art. 9º O Tribunal de Justiça, com sede na Comarca da Capital e jurisdição em todo o território estadual, constitui a jurisdição em segundo grau, sendo o órgão de cúpula do Poder Judiciário Estadual, composto por 22 (vinte e dois) Desembargadores, nomeados na forma prevista nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, nesta Lei Complementar e no seu Regimento Interno.

Parágrafo único. A vaga ímpar destinada ao quinto constitucional será preenchida por membro proveniente da Ordem dos Advogados do Brasil obedecendo ao que alude o art. 94 da Constituição Federal, devendo obedecer a alternância necessária com o Ministério Público na vacância da próxima

vaga reservada ao quinto constitucional".

2. A requerente alega que a norma estadual disciplinou matéria reservada ao Estatuto da Magistratura (art. 93 da CF/88) e deixou de observar o art. 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), segundo o qual a vaga ímpar deve ser sucessiva e alternadamente destinada a membros do Ministério Público e advogados. Argumenta que a nova vaga deve ser destinada à classe que por último esteve em inferioridade numérica – no caso, o Ministério Público estadual.

3. Em 13.06.2024, o Ministro Dias Toffoli (Relator) deferiu a medida cautelar para:

“1) suspender a eficácia do parágrafo único do art. 9º da Lei Complementar nº 266/2022 do Estado do Piauí, com a redação dada pela Lei Complementar nº 294, de 16 de abril de 2024; e

2) suspender os efeitos do Edital nº 1/2024 da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Piauí, publicado em 2 de maio de 2024, relativo à inscrição para a lista sêxtupla do quinto constitucional do Tribunal de Justiça do Estado”.

4. Iniciado o julgamento do mérito em Plenário Virtual (de 01 a 11.11.24), o Relator votou pela improcedência do pedido. Distinguiu os precedentes do Supremo Tribunal Federal que trataram de vaga decorrente de vacância daqueles que versaram postos recém-criados, para concluir que o art. 100, § 2º, da LOMAN não contempla a última hipótese. Acrescentou que a aplicação do dispositivo infraconstitucional a hipóteses de primeiro provimento pode propiciar a predominância histórica de uma classe em detrimento da outra, em suposta contrariedade à paridade de composição almejada pela Constituição. Propôs a fixação das seguintes teses:

“1. O primeiro provimento de assento ímpar relativo ao quinto constitucional não se submete aos critérios da alternância e da sucessividade previstos no art. 100, § 2º, da Lei Complementar nº 35/1979;

2. O tribunal respectivo poderá decidir acerca do primeiro

provimento de assento ímpar relativo ao quinto constitucional, devendo ter como baliza o equilíbrio de oportunidades entre advocacia e ministério público”.

5. O Ministro Alexandre de Moraes inaugurou divergência, para julgar o pedido procedente e declarar a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado. Assentou que, de acordo com LOMAN e a jurisprudência, a alternância também deve ser observada no caso de vaga recém-criada. Concluiu que, no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil foi a destinatária da última vaga ímpar, de modo que o novo posto deve ser destinado a membro do Ministério Público.

6. Para melhor exame da controvérsia, pedi vista dos autos, trazendo-os agora para continuidade de julgamento. **Passo a votar.**

7. A questão em discussão consiste em saber se, para prover vaga ímpar destinada a membros do Ministério Público e advogados que integrem o “quinto constitucional” (art. 94 da Constituição¹), criada em decorrência do aumento do número de membros, o Tribunal: (i) está vinculado à regra de alternância estabelecida no art. 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n.º 35/1979); ou (ii) tem autonomia para destinar o novo assento. No caso em análise, o histórico de ocupação dos assentos ímpares indica que o Ministério Público esteve em superioridade numérica entre 1978 e 1992, enquanto a advocacia preponderou na composição do Tribunal entre 2003 e 2005. Para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo o art. 100, §2º, da LOMAN:

“Art. 100 - 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 notário merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense.

1 “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e 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. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplex, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação”.

§ 1º - Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por membros do Ministério Público ou por advogados, indicados em lista tríplice pelo Tribunal de Justiça ou seu órgão especial.

§ 2º - **Nos Tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma Unidade”** (destaques acrescentados).

8. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que, até o advento da lei complementar prevista no art. 93, *caput*, da Constituição Federal, o Estatuto da Magistratura será disciplinado pela LOMAN. Nesse sentido, a título de exemplo: ADI 6.762, sob minha relatoria, j. em 22.02.2023.

9. Partindo dessas premissas, peço vênias ao Relator para dele divergir. Penso que a regra de alternância, estabelecida no art. 100, § 2º, da LOMAN, não alcança o provimento inicial da primeira vaga ímpar destinada ao quinto constitucional. No entanto, o critério estabelecido pelo legislador complementar deve ser observado para o provimento de todas as demais vagas ímpares, sejam elas criadas em razão de vacância ou da ampliação do número de membros do Tribunal. Passo a expor as razões que justificam meu entendimento.

10. O texto do art. 100, § 2º, da LOMAN não restringe o alcance da regra da alternância às vagas que sejam decorrentes de vacância. Em verdade, o dispositivo afirma que o provimento da vaga ímpar deve ser realizado de tal forma que, “também **sucessiva** e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma Unidade” (destaque acrescentado). Ou seja: a alternância não exige apenas que, a cada novo provimento destinado ao quinto constitucional, as vagas abertas sejam destinadas à advocacia e ao Ministério Público de forma sucessiva. Também é preciso assegurar que a posição de superioridade numérica seja *sucessivamente* ocupada por uma e outra classe, de modo a alcançar, ao longo do tempo, a almejada paridade na composição.

11. Para ilustrar a questão, considere-se a seguinte hipótese: a classe A obteve a 1ª vaga ímpar, algum tempo depois, destinou-se um 2º assento ao quinto constitucional, provido por membro da classe B, a fim de equilibrar a composição do tribunal. Pela alternância simples, a terceira vaga destinada ao quinto constitucional caberia à classe A; no entanto, isso implicaria o retorno da *mesma* categoria à posição de superioridade numérica, contrariando a parte final do art. 100, § 2º, da LOMAN. Por essa razão, a terceira vaga deve ser destinada à classe B. Na impossibilidade de se destinar número igual de assentos a cada categoria, a posição de superioridade numérica deve ser conferida à classe que havia sido desfavorecida no provimento ímpar imediatamente anterior, a fim de que a preponderância na composição se alterne *sucessivamente*.

12. Não há razão para excluir a vaga recém-criada dessa sistemática. Pelo contrário: não haverá alternância *sucessiva* se, no caso de assento novo, o respectivo Tribunal puder adotar critério diverso. Além disso, essa sistemática evidencia que a alternância foi o critério expressamente adotado pelo legislador complementar para o provimento de *toda* vaga ímpar. O equilíbrio na composição do quinto constitucional será concretizado a partir do *número* de provimentos destinados a uma e a outra classe, e não a partir do *tempo* em que, ocupando a vaga de número ímpar, permaneceram com um membro a mais na composição do tribunal. Nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, “[q]uando a preponderância de classes é revista **sempre que abre uma vaga** referente ao quinto constitucional, as distorções temporais, por uma questão de probabilidade, tendem a ser inferiores” (MS 34.523 AgR, j. em 22.03.2021, destaques acrescentados).

13. Esta foi a conclusão alcançada por esta Corte em precedente específico sobre o tema. No julgamento do MS 36.532 (Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 22.05.2020), a questão em discussão consistia em saber a quem caberia a nona vaga, recém-criada, destinada ao quinto constitucional, em razão de a classe que por último esteve em situação de *inferioridade* numérica ser a mesma que, historicamente, havia ocupado a posição de *superioridade* por um lapso maior. O caso havia sido objeto de procedimento de controle administrativo (autos nº 0000791-32.2019.2.00.0000), no qual o Conselho Nacional de Justiça rechaçou, por maioria, o critério baseado na diferença de tempo em que cada categoria esteve em superioridade numérica. Essa

conclusão foi mantida por este Supremo Tribunal Federal. O voto condutor afirmou que “[o] argumento da inferioridade numérica do Ministério Público por período mais prolongado, ante o histórico de composição do Colegiado, [era] desinfluyente”. Adotou como fundamentos trechos da decisão proferida em âmbito administrativo, entre os quais destaco:

‘No pronunciamento impugnado, observou-se a alternância e a sucessividade da preponderância na ocupação das vagas do quinto constitucional, considerado o texto do § 2º do mencionado dispositivo. Das razões lançadas no voto divergente, condutor da maioria formada no Plenário do Conselho, transcrevo os seguintes trechos:

[...] Com as mais respeitosas vênias, penso que o **critério ‘temporal’ adotado pelo TJGO** – e encampado pela i. Conselheira –, **embora possa ser sedutor** no caso concreto: i) **não representa a melhor exegese das regras aplicáveis à hipótese**; além de ii) contrariar a racionalidade jurídica aplicada – ao mesmo Tribunal e em discussão da vaga ímpar precedente (7ª vaga) pelo c. STJ - bem como todos os julgados mais recentes deste Conselho, como passo a expor. [...]

Desse conjunto normativo exsurge - clara e expressamente – a noção de que: à míngua de paridade (pela existência número ímpar) de vagas, entre membros do MP e da OAB para as cadeiras reservadas ao quinto constitucional, **todos os normativos que cuidaram do tema elegeram – literalmente – a preponderância na unidade ímpar de representante de cada classe, com alternância e sucessividade, como a regra a ser adotada.**

Isso significa, em outras palavras que, em cada composição ímpar do quinto constitucional, preponderará a classe não contemplada na vaga ímpar imediatamente anterior.

(...)

Este, em minha compreensão, é o único raciocínio correlato à exegese das regras supratranscritas, porque se **elegeu, expressamente, como unidade de medida da hipótese fática ‘a vaga’, a ‘cadeira’ o ‘assento’ no Tribunal e não o ‘tempo’; seja em dias corridos, dias úteis, dias na jurisdição, horas, meses, anos ou qualquer outra medida.**

[...]

No entanto, não se pode perder de vista que as regras são feitas e devem servir para todos os casos, não devendo ser

tomadas ou interpretadas *ad hoc*, casuística ou circunstancialmente. (...)”.

14. É verdade que, no julgamento do MS 23.972 (Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 12.09.2001), o Plenário desta afastou a aplicação do art. 100, §2º, da LOMAN em hipótese de provimento de vaga ímpar. No entanto, **esse caso tratou da primeira vaga ímpar da história do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. De acordo com o art. 2º da Lei n.º 7.727/1989, esse Tribunal contava com dez membros em sua composição inicial², de modo que duas delas eram destinadas ao quinto constitucional. O precedente desta Corte dirimiu controvérsia suscitada diante da criação da primeira vaga ímpar – o terceiro assento destinado ao quinto constitucional –, decorrente da ampliação na composição promovida pela Lei nº 9.967/2000³. Ou seja: não havia provimento anterior de vaga ímpar, de modo que a aplicação da regra de alternância sucessiva prevista na LOMAN seria impossível.

15. Além disso, nos demais casos em que esta Corte analisou o provimento de vaga ímpar pré-existente, não houve distinção ou ressalva em relação a vagas novas. No julgamento do MS 20.597 (Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 22.10.1986), paradigma sobre a matéria, esta Corte rechaçou a possibilidade de que, “segundo o histórico do provimento das diversas cadeiras da Corte [destinadas ao quinto constitucional], duas delas [fossem] consideradas ‘cativas’ e uma terceira ‘volante’”. O julgado enfatizou que a alternância nos provimentos de vagas ímpares deveria se dar de forma *sucessiva*. Essa orientação foi reafirmada no julgamento do MS 34.523 AgR (Tribunal Pleno, j. 22.03.2021), em que o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, acrescentou ponderações quanto: (i) ao caráter circunstancial da preponderância de uma determinada classe; e (ii) à probabilidade de que eventuais distorções temporais sejam corrigidas pela sucessiva alternância na posição de superioridade numérica.

2 “Art. 2º Os Tribunais Regionais Federais terão a seguinte composição inicial: 18 (dezoito) juízes, nas 1ª e 3ª Regiões; 14 (quatorze) nas 2ª e 4ª Regiões; e 10 (dez) juízes, na 5ª Região”.

3 Extraio do referido acórdão: “No caso, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (...), era composto de 10 (dez) juízes, (...). A Lei 9.967, de 10.5.2000, aumentou o número dos juízes daquela Corte, de dez para quinze, pelo que criou mais uma vaga para o quinto constitucional”.

16. Tal linha de raciocínio conduz ao outro motivo para manter a orientação firmada por esta Corte no MS 36.532: a segurança jurídica. Esse entendimento vem sendo reafirmado pelo Conselho Nacional de Justiça desde o julgamento do precedente. Nesse sentido, as decisões proferidas no PCA nº 0001989-02.2022.2.00.0000 (Rel. Conselheiro Márcio Luiz Freitas, j. em 30.08.2022); e no PCA nº 0002853-40.2022.2.00.0000 (Rel. Conselheiro Márcio Luiz Freitas, j. em 30.08.2022). Em tal cenário, a modificação do entendimento fará com que o critério objetivo previsto no art. 100, § 2º, da LOMAN seja substituído pela discricionariedade relativa de cada Tribunal.

17. Além disso, afastar a regra do art. 100, § 2º, da LOMAN tornará imprevisível a destinação de novas vagas ímpares reservadas a advogados e membros do Ministério Público pelo quinto constitucional (art. 94 da Constituição). Isso porque, como provavelmente haverá alguma diferença temporal entre os períodos de preponderância numérica de uma e outra classe, o Tribunal terá elevada carga de discricionariedade para destinar a vaga. Nesse quadro, quando se configura a chamada “distorção histórica”? Quando a diferença temporal for superior a dez dias? Dez meses? Dez anos?

18. A imprevisibilidade quanto ao critério do provimento prejudica a igualdade no acesso ao quinto constitucional, já que uma mesma classe poderá ocupar sucessivamente a vaga ímpar de um tribunal. Além disso, o chamado critério da “superioridade histórica” não assegura a correção de eventuais disparidades, na medida em que não é possível antever por quanto tempo cada advogado ou membro do Ministério Público ocupará o assento. Veja-se o caso em análise, por exemplo: se a nova vaga ímpar for destinada a advogado, afastando-se a regra da LOMAN, assim mesmo a preponderância dessa classe poderá ser revertida caso ocorra nova vacância entre os assentos destinados ao quinto constitucional no curto prazo. Nesse cenário, o benefício almejado pela alteração da orientação jurisprudencial é incerto, ao passo em que a insegurança quanto ao critério que deverá ser adotado pelos tribunais é inequívoca.

19. Por essas razões, confirmando a medida liminar, **julgo procedente o pedido**, a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 9º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 266/2022, do Estado do Piauí

(com a redação da Lei Complementar nº 294/2024). Alinho-me, assim, à divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes. Proponho a fixação da seguinte tese:

A vaga ímpar destinada a membros do Ministério Público e advogados pelo quinto constitucional (art. 94 da Constituição), aberta em decorrência de vacância ou da criação de novos cargos, deve ser provida nos termos do art. 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979).

20. É como voto.