



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA - ALAGOAS/UNIÃO DOS PALMARES

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 3ª VARA DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO ESTADO DE ALAGOAS**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA 08118125120214058000
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉ: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por seu procurador da República signatário, nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA que move contra a Universidade Federal de Alagoas, devidamente qualificada, vem, perante este ínclito juízo, interpor o presente

RECURSO DE APELAÇÃO

em face da sentença de id. 4058000.10925517, consoante as anexas razões.

Requer, assim, seja intimada a recorrida para apresentação de contrarrazões, bem como a remessa do presente apelo ao egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, independentemente de juízo de admissibilidade, para reexame da matéria.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Maceió/AL, [data da assinatura eletrônica]

(assinado eletronicamente)

MARCELO JATOBÁ LÔBO

Procurador da República

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

RAZÕES DE APELAÇÃO

Ref.: Ação Civil Pública

Autos n.: 0811812-51.2021.4.05.8000

Autor: Ministério Público Federal

Ré: Universidade Federal de Alagoas - UFAL

COLEND A TURMA,

DOUTO RELATOR,

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo procurador da República signatário vem, respeitosamente, com fundamento nos artigos 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, interpor o recurso de **APELAÇÃO** em face da r. sentença prolatada nos autos da ação em epígrafe (id. 4058000.10925517), na qual o Juízo a quo julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, com fundamento no art. 487, inciso I, do CPC.

Conforme se demonstrará na sequência, a decisão supracitada merece ser integralmente reformada, uma vez que viola a lei e os princípios aplicáveis à administração pública.

I – DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE RECURSO.

O Ministério Público Federal tomou conhecimento do r. decisum do Juízo a quo por intimação eletrônica em 22 de junho de 2022, iniciando-se, pois, a contagem do prazo no dia 23 de junho de 2022, primeiro dia útil subsequente.

Conforme disposição contida no art. 1.003, § 5.º, do Novo Código de Processo Civil, o prazo para interposição do recurso de apelação é de 15 (quinze) dias, a serem contados em dias úteis (art. 219 do NCPC), sendo que, para o Ministério Público Federal, por força do art. 180 do NCPC, esse prazo será contado em dobro.

Por conseguinte, o termo ad quem para o apelo do Órgão Ministerial dar-se-á em 5 de agosto de 2022, considerando, inclusive, os feriados. Assim, interposto na presente data, é absolutamente incontestado a tempestividade do presente recurso.

II – SÍNTESE DA DEMANDA E DE SEU TRÂMITE PROCESSUAL

Trata-se de Ação Civil Pública proposta por este Ministério Público Federal em face da Universidade Federal de Alagoas visando tutelar a efetividade da política pública de ação afirmativa e do sistema de cotas nas seleções públicas para magistério superior levadas a efeito pela demandada, objetivando a eficaz reparação histórica de desigualdades e desvantagens acumuladas e vivenciadas por um grupo racial ou étnico.

A ação foi proposta com base no Inquérito Civil 1.11.000.000775/2019-64, por meio do qual restou evidenciado que a Universidade Federal de Alagoas, em que pesem as medidas reconhecidamente adotadas, não buscou o integral cumprimento das disposições da Lei nº 12.990/2014, com a ausência de providências adequadas para solução do problema das vagas não oportunamente reservadas aos candidatos cotistas nos certames públicos para o magistério superior, demonstrando uma omissão ilícita da Administração Pública Federal, que não pode ser tolerada.

Com efeito, nos certames públicos para o magistério superior a Ufal determinava que o percentual das cotas incidiria sob o quantitativo de vagas destinadas a cada uma das especialidades previstas, e não sob o total de vagas estabelecido no edital para o cargo de magistério, ou seja, definia um critério de divisão, não previsto em lei, que restringia o número de vagas destinadas aos candidatos cotistas, desconsiderando a totalidade de vagas previstas nos respectivos editais para o mesmo cargo, fazendo crer que cada disciplina em cada campus consistia em um distinto concurso público, desprezando que se tratava de um único certame.

Regularmente citada, a UFAL apresentou sua contestação à demanda (id 4058000.9278050), aduzindo, quanto ao mérito, que a administração nada mais fez do que cumprir a lei, utilizando-se da sua discricionariedade para analisar se os candidatos aprovados preencheriam os requisitos para assumir a vaga de magistério público superior. Ademais, argumenta, em síntese, o princípio da separação dos Poderes, além de sustentar um suposto cumprimento aos princípios inerentes à administração pública, mormente no que concerne ao princípio da legalidade.

Instado a se manifestar acerca da contestação em tela, o Ministério Público Federal apresentou réplica, por meio da qual refutou as alegações da demandada, pugnando pela procedência da ação, bem como pelo julgamento antecipado da lide, considerando tratar-se de objeto cuja questão é unicamente de direito (id. 4058000.9584086).

Ato contínuo, tendo em vista o quanto requerido pela Ufal para a oitiva de

testemunhas (id. 4058000.9968030), foi realizada audiência de instrução na data de 16 de março do corrente ano (id. 4058000.10349974).

Consoante se infere do teor da audiência em questão, as testemunhas da demandada foram devidamente arguidas, tendo ambas, inclusive, ratificado a argumentação deste Órgão Ministerial no sentido de que a Universidade Federal de Alagoas utilizou, por anos, uma interpretação equivocada da Lei nº 12.990/2014, com a reserva de vagas incidindo sob o quantitativo de vagas destinadas a cada uma das especialidades previstas, e não sob o total de vagas estabelecido no edital para o cargo de magistério.

Por fim, conforme sentença id. 4058000.10925517, o MM. juízo a quo julgou improcedente os pedidos formulados pelo Parquet Federal.

O Ministério Público Federal discorda em ampla medidas da referida decisão, passando a refutar os seus fundamentos, consoante as razões abaixo aduzidas.

É no essencial, o relatório. Passa-se ao mérito recursal.

III – DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO

A sentença de id. 4058000.10925517, consoante mencionado alhures, julgou improcedente os pedidos com os fundamentos seguintes:

18. De acordo com os editais em comento, verifica-se que o concurso nº 133, de 19.12.2018 (Id. 4058000.9039332, fls. 10-12), prevê a reserva de vagas para candidatos negros (item 6), assim como os certames Edital nº 44, de 29.05.2019 retificado (Id's. 4058000.9039371, fls. 1-9 e 4058000.9039373, fls. 1-9) (itens 2.5 e 5) e Edital nº 46, 30.05.2019 (Id. 4058000.9039334, fls. 7-12) (anexo I).

19. Assim, faz-se necessário destacar que a Lei nº 12.990/2014 não trouxe nenhum parâmetro para a distribuição ou cálculo das vagas, isto é, se este deveria se dar a partir do fracionamento ou se eram para ser feitas tendo como base o quantitativo geral de vagas disponibilizadas.

20. Desse modo, a distribuição das vagas por especialidade é discricionariedade da Administração Pública, que pode e deve apreciar a situação concreta, apreciá-la segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher dentre uma ou mais soluções, todas válidas para o direito, a melhor que se adequa às suas necessidades.

21. Não apenas isso, a Universidade estava seguindo orientação da própria AGU, na Nota nº 00025/2018/2018/DEPCONSU/PGF/AGU (Id. 4058000.9284130), que diz "A observância da regionalização do concurso não atribui indevida discricionariedade ao administrador" (fl. 15) e que "o concurso regionalizado consiste, para os efeitos jurídicos, em diversos concursos públicos distintos sendo realizados concomitantemente, por intermédio de um único instrumento convocatório. É legítimo e tem respaldo jurisprudencial" (fl. 17).

22. Isto posto, não há de se falar em ilegalidade patente realizada pela

UFAL, uma vez que não havia critério definido na lei, cabendo à discricionariedade da Universidade, dentro de sua autonomia administrativa, que, inclusive, seguiu direcionamento da AGU.

24. Além de tudo a solução pretendida pelo MPF é incompatível com a norma, é ilegal, pois ocasionaria o descumprimento da própria lei de cotas, ao aplicar para os concursos futuros percentuais maiores que os 20% previstos na lei nº 12.990/2014.

25. Destaco ainda que a mudança de interpretação da lei pela UFAL não pode ter efeitos retroativos.

26. Ainda que mudança de interpretação feita pela UFAL em 2019, possa levar uma solução mais adequada ao espírito da lei e ao fim social nela almejado essa revisão só pode ter efeitos para o futuro, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, bem como o art. 24 da LINDB e do art. 2º, XIII da lei 9784/99.

31. Afirmando as premissas, vê-se que o caso concreto não reúne os pressupostos jurídicos para caracterização do dano moral coletivo, o Ministério Público Federal não alega, nem demonstra por outro modo, que o fato do qual se originou a lide tenha assumido qualquer repercussão relevante, dando ensejo a uma ofensa grave a direitos da coletividade, a ponto de produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

32. Com efeito, não se desconhece que, ao julgar a ADC 41/DF, em 08/06/2017 (publicação em 17/08/2017), o Supremo Tribunal Federal não apenas declarou a constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014, que se aplica à Administração Pública Federal, mas estabeleceu balizas para a sua interpretação, especialmente com vistas a lhe conferir maior eficácia, no entanto não há notícia nos autos de que os concursos para professor posteriores a 2017 promovidos pela UFAL tenham sido impugnados com fundamento na decisão do STF, todos transcorreram normalmente inviabilizando a declaração da invalidade dos mesmos, além disso a proposita decisão não recomenda ou autoriza a possibilidade compensação de vagas com pretende o MPF.

34. Sendo assim, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS formulados pelo Ministério Público Federal, restando o feito extinto com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Ora, em que pese o MM. Juízo a quo ter julgado improcedentes os pedidos da ação, conforme exposto acima, não pode o Parquet Federal concordar com tal decisão denegatória, sendo evidente que a ré levou a efeito a supressão de 88 (oitenta e oito) vagas para os candidatos cotistas em seus concursos para o magistério superior, em clara e reprovável ofensa à política de cotas em tela.

Com efeito, ao não reconhecer os fatos apontados na exordial, o juiz a quo não decidiu acertadamente, razão pela qual pleiteia-se, via deste recurso, a reforma do aludido decisor, consoante as razões de fato e de direito a seguir alinhavadas.

III.1) DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 41 E DA RECOMENDAÇÃO Nº 3/2019/MPF/PR-AL/8º OFÍCIO

A sentença de id. 4058000.10925517, consoante mencionado alhures, julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Desta forma, o Juízo de primeiro grau, de forma equivocada, julgou improcedente o pedido de condenação da demandada à reparação integral a política de cotas, de forma prospectiva, com a atribuição de vagas nos próximos certames a pretos e pardos, em tempo e modo razoável, sem prejuízo do percentual de reserva de vagas já previsto em lei, sob o argumento de que “[...] *não se desconhece que, ao julgar a ADC 41/DF, em 08/06/2017 (publicação em 17/08/2017), o Supremo Tribunal Federal não apenas declarou a constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014, que se aplica à Administração Pública Federal, mas estabeleceu balizas para a sua interpretação, especialmente com vistas a lhe conferir maior eficácia, no entanto não há notícia nos autos de que os concursos para professor posteriores a 2017 promovidos pela UFAL tenham sido impugnados com fundamento na decisão do STF, todos transcorreram normalmente inviabilizando a declaração da invalidade dos mesmo, além disso a propalada decisão não recomenda ou autoriza a possibilidade compensação de vagas com pretende o MPF*”.

Prosseguindo em suas razões de decidir, de forma dissociada dos pedidos e da causa de pedir delineada nestes autos, o juízo *a quo* consignou, portanto, que a não impugnação, à época, dos editais publicados pela Universidade Federal de Alagoas no âmbito dos certames para o magistério superior teriam validado a ilegalidade então perpetrada pela demandada.

Portanto, não há como manter, no ponto em questão, a sentença prolatada pelo julgador *a quo*, devendo ser reformada.

Ora, em que pese a argumentação contida na sentença apelada, retrotranscrita, o Ministério Público Federal discorda amplamente de seus equivocados fundamentos, uma vez que a pretensão do Órgão Ministerial está alicerçada nos termos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41.

In casu, restou amplamente demonstrado que a apelada UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS vinha utilizando-se de estratégia para afastar a incidência da Lei nº 12.990/14, que exige reserva de vagas apenas quando houver previsão de 3 (três) ou mais vagas no edital ao levar a efeito em seus editais para o magistério superior a divisão por especialidades, gerando a oferta separada de vagas referentes a um único cargo.

Com efeito, conforme expediente apresentado pelo Instituto do Negro de Alagoas (IC 1.11.000.000775/2019-64 – PR-AL-00019779/2019), qual seja “Levantamento do quantitativo de reserva de vagas para negros para o cargo efetivo de professor do magistério superior em editais da Universidade Federal de Alagoas, a partir da promulgação

da Lei nº 12.900/2014”, desde o ano de 2014 foram levadas a efeito 19 (dezenove) seleções públicas para o cargo do magistério superior no âmbito da Ufal, com a previsão de 480 (quatrocentas e oitenta) vagas. Ocorre que, destas, apenas 8 (oito) vagas foram destinadas às cotas para negros, havendo, portanto, uma supressão de 88 (oitenta e oito) vagas para os candidatos cotistas, em clara e reprovável ofensa à política de cotas em tela.

Ressalte-se que, cientificado acerca da conduta fraudulenta da recorrida, este Órgão Ministerial expediu a RECOMENDAÇÃO Nº 3/2019/MPF/PR-AL/8ºOfício (PR-AL-00022083/2019) à referida instituição de ensino a fim de que adotasse as providências cabíveis no sentido de que, nas próximas seleções públicas que venha a realizar (referentes à graduação, pós-graduação ou a concursos públicos), fosse prevista cláusula editalícia a fim de assegurar que o cômputo do percentual previsto para reserva de vagas aos negros, preconizada pela Lei nº 12.990/2014, incida sob o total das vagas ofertadas para o mesmo cargo.

Nesse contexto, tão somente após instada pelo *Parquet* Federal, a recorrida editou a Portaria nº 803, de 14 de agosto de 2019, levando a efeito a alteração na metodologia utilizada para a reserva de vagas para candidatos cotistas no âmbito das seleções e concursos públicos realizados, *in verbis*:

Art. 5º Nos concursos e seleções para o cargo de Professor do Magistério Superior, Professores Substitutos, Temporários ou Visitantes, os percentuais de reserva considerarão o total de vagas previsto em edital, sendo definidas as áreas de concorrência preferencial mediante sorteio público, antes do início do período de inscrições.

[...]

Art. 6º Nos concursos para pessoal técnico-administrativo, os percentuais serão aplicados sobre o total de vagas disponíveis por cargo no momento do lançamento do edital, independente da distribuição regional.

Ocorre que, em que pesem as medidas adotadas pela Universidade Federal de Alagoas buscando o devido cumprimento da Lei nº 12.990/2014, observou-se que permanecia o passivo de vagas não oportunamente destinadas aos candidatos negros nos concursos públicos para o magistério superior desde o ano de 2014, com a supressão, conforme já destacado nesta exordial, de 88 (oitenta e oito) vagas para os candidatos cotistas.

Destaque-se, por oportuno, que, no ano de 2016, a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou ação declaratória de constitucionalidade em defesa da Lei nº 12.990/2014 requerendo ao Supremo Tribunal Federal a declaração da compatibilidade da referida norma com a Constituição Federal de 1988.

Por unanimidade, os ministros do Supremo Tribunal Federal declararam a constitucionalidade da Lei nº 12.990/14, nos seguintes termos:

“É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito

da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

[ADC nº 41, STF, Plenário, Publicado em 19 de junho de 2017].

Ressalte-se que no julgamento da referida ADC n.º 41, no ano de 2017, o STF definiu os parâmetros que devem ser observados pela Administração Pública na aplicação da política de cotas em concursos públicos, nos seguintes termos:

- (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos;
- (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura);
- (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e
- (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas (ADC 41, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017);

Assim, embora a questão já estivesse pacificada no plano abstrato, a aplicação da Lei nº 12.990/2014 pela Administração Pública, aqui representada pela recorrida, vinha sendo levada a efeito de forma equivocada e ilegal, em inegável afronta à determinação do Tribunal Constitucional, exigindo, assim, atenção redobrada por parte do Poder Público a fim de que a *mens legis* não se mantivesse desvirtuada ou mesmo esvaziada em razão de interpretações equivocadas do texto legal.

Na hipótese dos autos, verifica-se que a divisão por especialidades, gerando a oferta separada de vagas referentes a um único cargo, vinha servindo de estratégia para afastar a incidência da Lei nº 12.990/14, que exige reserva de vagas apenas quando houver previsão de 3 (três) ou mais vagas no edital.

Trata-se, portanto, de evidente ilegalidade consistente em violação da Lei nº 12.990/2014, através da manipulação das vagas previstas no edital, fracionando os cargos em vagas independentes e, conseqüentemente, inviabilizando a reserva imediata de cotas raciais para pessoas que se autodeclarem negras.

Ocorre que, o douto magistrado, ao proferir a sentença ora combatida, concluiu que a não impugnação aos editais da Universidade Federal de Alagoas à época das suas respectivas publicações teria ocasionado uma suposta convalidação da ilegalidade então perpetrada pela demandada.

Com efeito, não se pode olvidar que a teoria da convalidação, prevista no artigo 55 da Lei 9,784/1999, prevê como condições para que um ato seja convalidado: (i) defeito sanável; (ii) o ato não pode acarretar lesão ao interesse público; (iii) o ato não

acarretar prejuízo a terceiros.

Nesse sentido, mesmo a partir de uma análise meramente perfunctória do dispositivo em tela, há que se reconhecer que as condicionantes da convalidação não restam devidamente atendidas *in casu*, uma vez que a conduta perpetrada pela UFAL acarretou inegável lesão ao interesse público evidenciado na Lei 12.990/2014 e incontestáveis prejuízos a terceiros, no caso os destinatários da política pública de cotas.

Conforme demonstram os documentos carreados nos autos do Inquérito Civil que lastreia a presente demanda, do total de 480 (quatrocentas e oitenta) vagas previstas nos Editais n.º 102 e 103 de 2014; n.º 028, 030 e 031 de 2015; n.º 013, 014, 015, 016, 027, 028, 065 e 066 de 2016; n.º 032, 033 e 042 de 2017; n.º 015, 016 e 139 de 2018; todas destinadas ao mesmo cargo – Professor de Magistério Superior –, apenas 8 (oito) vagas foram ofertadas a candidatos negros.

Conclui-se, assim, pela existência de um passivo de vagas indevidamente não destinadas aos candidatos negros nos concursos públicos para o magistério superior, desde o ano de 2014, até o ano de 2018, prática que finalmente foi interrompida em 2019, no âmbito do Edital n.º 46/2019, em que a UFAL atendeu a Recomendação n.º 3/2019/MPF/PR-AL/8º Ofício e ao quanto fixado na ADPF n.º 41.

Portanto, remanescem o total de 88 (oitenta e oito) vagas ilegalmente não destinadas aos candidatos cotistas, distribuídas em 19 (dezenove) certames distintos.

Houve, assim, notório prejuízo à política de cotas, haja vista que oitenta e oito professores pretos ou pardos deixaram de ingressar nos quadros da UFAL, impedindo o preenchimento de cargos cujo papel influenciaria toda a comunidade negra.

Tal expediente/estratégia de burla ao comando legal salta aos olhos após simples análise comparativa entre as vagas efetivamente ofertadas em confronto com as que deveriam ter sido, não havendo nenhum fator que justifique qualquer seleção diferenciada de candidatos.

Os pretos e pardos brasileiros além de sofrerem diariamente com o racismo estrutural presente na sociedade, que dificulta sobremaneira a fruição de inúmeros direitos, dentre os quais o acesso a cargos públicos – e, em especial, o de professor universitário –, não tiveram a resposta adequada e razoavelmente esperada da UFAL na materialização da política pública prevista em lei.

Ademais, não se pode olvidar que, em regra, as decisões de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo produzem efeito erga omnes e ex tunc, ou seja, retroativos. Apenas de forma excepcional o STF pode modular os efeitos da decisão, concedendo efeitos ex nunc, conforme artigo 27 da Lei 9868/99, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo

em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O STF, todavia, não modulou os efeitos da sua decisão na ADC n.º 41, de modo que o seu entendimento permeia de ilegalidade todo e qualquer certame contemporâneo, anterior ou posterior, em que deixou de serem observados os parâmetros estabelecidos.

Portanto, não merece prosperar a sentença prolatada, devendo ser reformada, haja vista que resta demonstrado o inegável direito à compensação pelos prejuízos sofridos aos destinatários da ação afirmativa em questão, em virtude de tal conduta danosa.

III.2 – DA DISCRICIONARIEDADE MÍNIMA NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Consoante o teor do julgado recorrido, o juízo *a quo*, de forma manifestamente equivocada concluiu que “[...] a Lei n.º 12.990/2014 não trouxe nenhum parâmetro para a distribuição ou cálculo das vagas, isto é, se este deveria se dar a partir do fracionamento ou se eram para ser feitas tendo como base o quantitativo geral de vagas disponibilizadas.”.

Ademais, fazendo leitura por demais restritiva da legislação que rege a matéria, consignou o julgador que “*Desse modo, a distribuição das vagas por especialidade é discricionariedade da Administração Pública, que pode e deve apreciar a situação concreta, apreciá-la segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher dentre uma ou mais soluções, todas válidas para o direito, a melhor que se adegue às suas necessidades.*”

Por fim, consignou o entendimento no sentido de que não restou verificada ilegalidade por parte da demandada, utilizando-se, para tanto, do argumento de que a Universidade Federal de Alagoas estaria seguindo direcionamento da Advocacia Geral da União:

21. [...] a Universidade estava seguindo orientação da própria AGU, na Nota n.º 00025/2018/2018/DEPCONSU/PGF/AGU (Id. 4058000.9284130), que diz "A observância da regionalização do concurso não atribui indevida discricionariedade ao administrador" (fl. 15) e que "o concurso regionalizado consiste, para os efeitos jurídicos, em diversos concursos públicos distintos sendo realizados concomitantemente, por intermédio de um único instrumento convocatório. É legítimo e tem respaldo jurisprudencial" (fl. 17).

Mais uma vez equivocados os fundamentos invocados na sentença em vergasta, até porque manifestamente dissociados dos fatos.

Inicialmente cumpre ressaltar a importante missão do Poder Judiciário para

questionar e obrigar a Administração Pública a desenvolver políticas públicas, eficientemente, com vistas ao ajuste das condutas administrativas aos desideratos e fins previstos na Constituição.

Assim, ampliam-se também por intermédio do Poder Judiciário o controle de legalidade dos atos públicos, a eficiência dos programas governamentais nas várias esferas da Federação brasileira, diminuindo em muitos casos a margem de discricionariedade do administrador público.

Como visto, cabe ao juiz exercitar o princípio da ampla tutela jurisdicional com os olhos voltados à máxima eficácia dos direitos fundamentais, para constatar se as políticas públicas apresentam ineficiência e omissão em seu cumprimento, caso em que, verificados os direitos ameaçados ou lesados, determinar sejam adotadas todas as providências necessárias ao resguardo desses direitos, bem assim proceder à responsabilização dos ofensores.

No contexto constitucional, que também implica na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas. A sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima.

Destarte, conclui-se que hoje impera o princípio da discricionariedade mínima da Administração na implementação das políticas públicas constitucionais, inserindo-se no devido processo legal, devendo este ser entendido como postulado de caráter substantivo capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e a generalidade das ações e omissões do Poder Público.

Assim, demonstra-se como não há possibilidade de se exercer qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência com relação à elaboração de políticas públicas aptas à realização dos direitos fundamentais e implementação dos objetivos constitucionais, pois sua existência é uma demanda constitucional, mormente quando se trata de direitos tais como: a vida, saúde e dignidade da pessoa humana, dentre outros verificados no objeto da presente ação.

Desta feita, não se ignora que o controle judicial dos atos administrativos encontra limites, especialmente para fazer respeitar situações em que a lei confere ao administrador público a tomada de decisão com base nos critérios de conveniência e oportunidade. Mas não é esse o caso dos autos. Dar ou não dar efetividade à política de cotas da Lei nº 12.990/2014 não é questão sujeita à mera discricionariedade do administrador público. Trata-se de dever sustentado em amplo arcabouço de princípios constitucionais e administrativos que não podem ser suplantados por critérios de conveniência ou oportunidade.

Nesse sentido, frise-se que tal alegação sustentada pela ré de impossibilidade de atuação jurisdicional no caso vertente traduz-se em verdadeira legitimação da violação do

direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Máxime levando-se em conta que a gravidade dos fatos se dá em virtude de notória recalcitrância dos Poderes Públicos (Ufal). A indispensabilidade da intervenção judicial nessas hipóteses decorre diretamente do princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, em estrita consonância com a ideia de força normativa da Constituição.

Com efeito, intervenção judicial, no presente caso, é cabível por diversos aspectos, que vão além da necessidade de restaurar a ordem jurídica e resguardar os direitos dos destinatários da Lei nº 12.990/2014.

Primeiro, há de se destacar que a atividade jurisdicional do Estado tem intrínseca relação com os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da CRFB, que ora se pretende proteger. Assim, reforça-se a ideia de que o Poder Judiciário tem o dever de prestar a tutela jurisdicional capaz de concretizar os fins perseguidos pela indigitada lei, à luz dos preceitos constitucionais.

Cabe acrescentar que o Poder Judiciário deve protagonizar a busca pela efetivação de quaisquer ações afirmativas promovidas pelo Estado, incluindo-se, aqui, a política de cotas em questão, e, assim, salvaguardar direitos fundamentais que se apresentem sob ameaça. Nesse sentido, o Ministro Joaquim Barbosa, em sede doutrinária dispõe que:

Os juristas não podem descuidar-se dos alertas da sociologia e da ciência política – como, aliás, já observava no século passado Ferdinand Lassale, ao referir-se aos famosos ‘fatores reais de poder’. A efetivação de direitos reconhecidos no corpo de uma Carta Constitucional é uma tarefa penosa, sempre sujeita a ação cambiante das ‘correlações de forças’¹

Logo, não há embasamento que sustente a ideia de uma atuação arbitrária do Judiciário. Sabe-se que a Carta Magna de 1988 – Constituição dirigente que é – dispõe de um arcabouço de princípios ligados à justiça social que “fornecem ao judiciário os parâmetros normativos necessários para o controle e a ratificação de tais iniciativas – políticas públicas [de conteúdo afirmativo ou discriminação positiva] e legislação regulamentadora”².

Como visto, cabe ao juiz exercitar o princípio da ampla tutela jurisdicional com os olhos voltados à máxima eficácia dos direitos fundamentais, para constatar se as políticas públicas apresentam ineficiência e omissão em seu cumprimento, caso em que, verificados os direitos ameaçados ou lesados, determinar sejam tomadas todas as providências necessárias ao resguardo desses direitos, bem assim proceder à responsabilização dos ofensores.

Ademais, no que concerne à argumentação consignada na r. sentença no sentido de que a UFAL vinha adotando o modelo de concurso regionalizado de acordo com a lotação e a especialidade das vagas, fundando sua conduta na Nota nº 00025/2018/DEPCONSU/PGF/AGU, não se pode olvidar que a reparação do equívoco

deveria ter partido da própria Administração Pública no exercício da autotutela administrativa, pois “não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada”. Isto é, “só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários”³.

Com efeito, infere-se que a partir do cumprimento do disposto na referida Nota, em detrimento dos termos da Lei nº 12.990/2014, pautou-se a UFAL, durante anos, em um método incompatível, infeliz, inadequado e inobservante dos dispositivos legais para reservar vagas para candidatos negros em seus concursos públicos para professor de magistério superior, o que resultou em um manifesto prejuízo para toda comunidade negra e para política de cotas raciais.

Outro não poderia ser o procedimento da Administração/Ufal senão o de adotar todas as providências buscando a máxima efetividade da Lei nº 12.990/2014, mas nada disso foi feito, uma vez que, em sentido contrário ao que dela se esperava, a instituição de ensino demandada optou por utilizar critérios desarrazoados e ilegais ao restringir o acesso dos destinatários da norma aos cargos que lhes deveriam ter sido reservados.

Contudo, constatada a omissão da administração no controle da legalidade dos seus próprios atos, deve prevalecer o princípio do controle judicial dos atos administrativos, pelo qual o Poder Judiciário “tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada”⁴.

Portanto, consoante já referido alhures, não há como se sustentar/prosperar os argumentos em tela, uma vez que a discricionariedade administrativa consignada não possui o condão de fazer letra morta o comando legal e jurisprudencial que existe acerca da reserva de vagas para negros no âmbito dos concursos públicos para professores do magistério superior, justamente em razão da imposição da Lei 12.990/14, bem como do entendimento consignado no julgamento da ADC nº 41 pelo STF.

Assim, a discricionariedade administrativa referida na sentença ora combatida não possui o alcance que se pretendeu atribuir-lhe, tanto é verdade que a instituição demandada adotou um novo posicionamento após a intervenção deste Parquet Federal, contudo, frise-se que os prejuízos advindos de tal prática anterior as alterações levadas a efeito pela Universidade persistem até a presente data.

Destarte, por qualquer ângulo que se analise a questão, há que se reconhecer que a instituição de ensino demandada, ao adotar essa postura ineficiente, irrazoável, para não dizer de incúria, diante da indevida restrição das vagas reservadas às cotas raciais, pratica ato atentatório à nossa Lei Maior – a Constituição da República Federativa do Brasil e seus mandamentos obrigatórios, não havendo como se sustentar/prosperar os argumentos invocados pelo prolator da decisão recorrida, restando inafastável a necessidade de reforma do decisum.

III.3 – DA OCORRÊNCIA DO DANO MORAL COLETIVO

Data maxima venia, ousa o apelante dissentir do julgado igualmente quanto à consignada inexistência do dano moral coletivo *in casu*, consoante as razões de fato e de direito a seguir alinhadas.

De forma manifestamente equivocada, o juízo a quo, em suas razões de decidir, consignou que “[...] vê-se que o caso concreto não reúne os pressupostos jurídicos para caracterização do dano moral coletivo, o Ministério Público Federal não alega, nem demonstra por outro modo, que o fato do qual se originou a lide tenha assumido qualquer repercussão relevante, dando ensejo a uma ofensa grave a direitos da coletividade, a ponto de produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva”.

Ora, em que pese a argumentação contida na sentença apelada (retrotranscrita), o Ministério Público Federal interpõe o presente apelo por discordar amplamente de seus equivocados fundamentos.

Com efeito, verifica-se que a conduta da ré frustrou os nobres objetivos da política pública de reserva de vagas nos concursos para o magistério superior no âmbito da Universidade Federal.

Cumprе salientar, mais uma vez, que o ato ilícito praticado pela apelada negando o acesso dos candidatos cotistas à carreira do magistério superior por meio de cotas públicas (garantidas por Lei) é esvaziar o objetivo da lei quanto à concretização da igualdade material que esta busca.

Sendo assim, a referida conduta também implica em graves e inegáveis danos morais difusos e coletivos em relação à sociedade alagoana e aos cidadãos concretamente preteridos no sistema de reserva de vagas, os quais foram prejudicados pela prática levada a efeito pela apelada durante anos.

O dano moral coletivo pressupõe um ilícito que enseja imediata repulsa social, demonstrando-se o nexo causal entre a conduta individual no descumprimento da norma e a lesão à coletividade.

Com efeito, o dano moral coletivo, assim entendido como o abalo negativo à moral da coletividade, representa instrumento que, se devidamente utilizado, constitui verdadeira garantia ao fortalecimento das ações coletivas, haja vista a sua capacidade para fazer cessar a perpetuação de ilícitos na seara cível, através dos denominados efeitos pedagógico e preventivo.

Os danos perpetrados pela recorrida atingem a moral coletiva na medida em que a sociedade como um todo suporta o prejuízo derivado da fraude ao sistema de cotas de universidade federal, causando grave e reiterado desprezo à ação afirmativa em tela, por meio

de lesão injusta e intolerável de valores fundamentais da sociedade.

Ressalte-se, mais uma vez, que a UFAL, durante anos, utilizou-se de um método incompatível, infeliz, inadequado e inobservante dos dispositivos legais para reservar vagas para candidatos negros em seus concursos públicos para professor de magistério superior, o que resultou em um manifesto prejuízo para toda comunidade negra e para a própria política de cotas raciais.

Repise-se, a conduta da apelada implica em graves e inegáveis danos morais aos cidadãos concretamente preteridos no sistema de reserva de vagas (que foram prejudicados pela não reserva de 88 vagas durante os anos de 2014 a 2018), omissão esta que deslegitima todo o sistema de ações afirmativas.

Destarte, a indenização do dano moral a ser fixada deve considerar as consequências que a conduta perpetrada pela aluna recorrida causou ao sistema de ações afirmativas a partir das críticas que deslegitimam toda a ação afirmativa, bem como a capacidade econômica da discente recorrida, a fim de que se observe o efeito pedagógico da indenização.

O dano moral coletivo consiste na injusta lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico, violando um determinado conjunto de valores coletivos e, por isso, gerando uma relação jurídica obrigacional entre a comunidade lesada e o sujeito passivo, que é o causador do dano por ofensa a direitos dessa coletividade.

O prejuízo ocorre na coletividade, tendo em vista que a ação afirmativa desigualava os candidatos, reservando a vaga a alguns, os outros, que não se enquadram nos requisitos estabelecidos para o acesso de tais vagas, serão prejudicados. Dessa forma, restará frustrado o objetivo maior da coletividade, redução das desigualdades sociais por meio da ação afirmativa.

Nesse contexto, cabe trazer à lume o elucidativo conceito de dano moral coletivo, que consiste na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos, como ensina Carlos Alberto Bittar Filho (ver in " Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro, Direito do Consumidor, vol. 12- Ed. RT):

(...) chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.

Esclarecedora também é a conclusão de Xisto Tiago Medeiros Neto a respeito

do conceito de dano moral coletivo (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Dano moral coletivo. 2ª. Ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 137):

É a lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em todo ou em qualquer de suas expressões – grupo, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.

Com efeito, à luz da evolução do conceito de dano moral no Direito brasileiro, resta indubitável que o dano moral não é mais visto apenas como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa, mas caracteriza-se também como uma lesão a direito da personalidade.

Quanto ao valor devido a título de indenização pelos danos em questão, observa Carlos Alberto Bittar que (A reparação civil por danos morais. 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1994, p. 222).:

(...) deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com maior ênfase, a sua função inibidora de comportamentos. Com efeito, o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesionamentos de ordem moral.

Destarte, por qualquer ângulo que se examine a questão, não há como manter, no ponto em questão, a sentença prolatada pelo julgador a quo, devendo ser, portanto, reformada.

Com efeito, em que pese a argumentação contida na sentença apelada, retrotranscrita, o Ministério Público Federal discorda amplamente de seus equivocados fundamentos, no particular, uma vez que a pretensão do Ministério Público Federal está alicerçada em farta documentação constante nos autos.

Por todo o exposto, tem-se demonstrada à sociedade a responsabilidade da recorrente, não havendo como se sustentar/prosperar os argumentos invocados pelo prolator da decisão recorrida para julgar improcedente o mérito, restando inafastável a necessidade de reforma do decism.

IV – CONCLUSÃO

FACE O EXPOSTO e respaldado nos superiores conhecimentos de Vossas Excelências, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer:

1. o recebimento e conhecimento do presente recurso;
2. seja dado integral provimento ao presente recurso, no sentido de que seja reformada a sentença recorrida, com vistas a dar procedência aos pleitos ministeriais contidos na inicial desta ACP.

Consigna ainda, ad cautelam, em caso de eventual não provimento deste, o PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO de toda a matéria constitucional e infraconstitucional debatida no caso concreto.

Nestes termos,
pede deferimento.

Maceió, 27 de junho de 2022.

MARCELO JATOBA LOBO
PROCURADOR DA REPÚBLICA

- 1 GOMES, Joaquim Barbosa. Ações afirmativas: aspectos jurídicos. In: BROCANELLI, Noelma (Coord). Racismo no Brasil. - São Paulo: Peirópolis; ABONG, 2002. p.129. Grifamos.
- 2 ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. op. cit., p. 28.
- 3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30. ed. - São Paulo: Atlas, 2016. p. 35.
- 4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32. ed. - São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015. p. 124-125.