

**Poder Judiciário****TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300, Gab. Des. Federal Roger Raupp Rios - 6º andar
Bairro: Praia de Belas - CEP: 90010-395 - Fone: (51)3213-3277 - Email: groger@trf4.jus.br

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5006790-57.2023.4.04.0000/RS

AGRAVANTE: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG

AGRAVADO: _

AGRAVADO: _

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE -

FURG contra decisão interlocutória que, nos autos da Ação Popular nº 5000681-64.2023.4.04.7101, deferiu tutela provisória de urgência, a fim de "suspender os efeitos da Resolução CONSUN/FURG n.º 11 e do Edital do Processo Seletivo 2023 específico para ingresso de estudantes transgênero, até nova deliberação do Juízo".

Eis o teor da decisão agravada (**evento 4, DESPADEC1**):

*Trata-se de ação popular proposta contra a **Fundação Universidade Federal do Rio Grande - FURG** por _e_, requerendo:*

*B) **Requerem a concessão do pedido liminar para suspender os efeitos da RESOLUÇÃO CONSUN/FURG n.º 11 e do EDITAL DO PROCESSO SELETIVO 2023 ESPECÍFICO PARA INGRESSO DE ESTUDANTES TRANSGÊNERO.***

*C) **Requerem a total procedência dos pedidos realizados, ou seja, a ANULAÇÃO DA RESOLUÇÃO CONSUN/FURG n.º 11 e do EDITAL DO PROCESSO SELETIVO 2023 ESPECÍFICO PARA INGRESSO DE ESTUDANTES TRANSGÊNERO.***

Para tanto, assim narraram os fatos:

Na data de 26 de setembro de 2022 fora apresentada, ao Conselho Universitário, pelo Vice-Reitor Professor _o_, que possui, conforme currículo lattes anexo (Documento 03), reconhecida militância acadêmica em prol da população LGBTQI, a indicação para a "Alteração do Programa de Ações Afirmativas – PROAAf", nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande, de modo a incluir as pessoas transgênero como beneficiárias à COTA.

[...]

Sem entrar no mérito da indicação apresentada ao Conselho Universitário, cabe salientar que na mesma NÃO há NENHUM fundamento jurídico, ou seja, NÃO há menção a NENHUMA Lei que possibilite, à Universidade, CRIAR, como se atividade legislativa fosse, o DIREITO À COTA, na Graduação e na PósGraduação, para as pessoas transgênero.

O que se percebe, facilmente, na indicação já colacionada, são as diversas citações de dados, inclusive a informação de que NÃO EXISTE dado oficial, sobre a situação, das pessoas transgênero, relatada no texto.

[...]

Com efeito, Excelência, se todos esses dados NÃO aparecem nos documentos oficiais, no censo demográfico do IBGE e, sobretudo, na mídia, qual a comprovação de que eles existem?

Por isso, na ausência de qualquer Legislação específica referente à matéria de “cotas para transgênero”, bem como da inexistência de dados oficiais relacionados à mesma, se tem, de maneira concreta, que essa indicação pode ser considerada, somente, como fruto de política ideológica que, há tempos, vem ocupando as Universidades brasileiras.

Neste contexto, na data de 11 de outubro de 2022, é dizer, após a submissão e a aprovação da indicação pelo Conselho Universitário, a proposta que buscara alterar o Programa de Ações Afirmativas – PROAAf, nos Cursos de Graduação e PósGraduação da Universidade Federal do Rio Grande, passando a incluir as pessoas transgênero, fora APROVADA (pelo CONSUN, cujo presidente é o Reitor Danilo Giroldo) conforme Resolução CONSUN/FURG n.º 11 (Documento 05).

[...]

Logo, a Resolução CONSUN/FURG n.º 11 modificara a Resolução n.º 20/2013, que previa cotas para o ingresso na graduação, somente, para estudantes oriundos de Escola Pública, Indígenas, Quilombolas e Estudantes com Deficiência, conforme a Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012.

Além disso, a Resolução CONSUN/FURG n.º 11 modificara a Resolução n.º 4/2019, que previa cotas para o ingresso na pósgraduação strictu sensu e lato sensu, somente, para estudantes oriundos de Escola Pública, Indígenas, Quilombolas e Estudantes com Deficiência.

Na data de 25 de outubro de 2022, na página oficial da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, fora informado acerca do lançamento do PRIMEIRO EDITAL ESPECÍFICO para as pessoas transgênero.

[...]

Asseveraram que a FURG ao instituir cotas, no âmbito da graduação e da pós-graduação, para pessoas transgênero adentra na esfera da

criação de direitos, ou seja, na esfera legislativa sem possuir competência para tal, violando: A) A Primazia da Lei.

B) O Princípio da Legalidade Genérica.

C) A Legalidade Administrativa e a Lei nº 12.711/2012.

D) O Princípio da Reserva Absoluta de Lei e a competência constitucional acerca da matéria educacional.

E) A competência constitucional para a criação de direitos no âmbito da educação federal superior.

F) A autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades (Artigo 207 da CF) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB).

Vieram os autos conclusos.

Decido.

Consoante entendimento reiteradamente manifestado pelo STF e pelo STJ, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo, por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos.

Nesse sentido:

Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida. 1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico. 3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência. (ARE 824781 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 08-102015 PUBLIC 09-10-2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AÇÃO POPULAR. COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO EXCLUSIVAMENTE ECONÔMICO.

DESNECESSIDADE. PROTEÇÃO AOS BENS E DIREITOS ASSOCIADOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO ALCANÇADO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA RECONHECIDO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ÓBICE DA SÚMULA 83/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui firme orientação de que um dos pressupostos da Ação Popular é a lesão ao patrimônio público. Ocorre que a Lei 4.717/1965 deve ser interpretada de forma a possibilitar, por meio de Ação Popular, a mais ampla proteção aos bens e direitos associados ao patrimônio público, em suas várias dimensões (cofres públicos, meio ambiente, moralidade administrativa, patrimônio artístico, estético, histórico e turístico). 2. Para o cabimento da Ação Popular, basta a ilegalidade do ato administrativo por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração Pública, dispensando-se a demonstração de prejuízo material. 3. Hipótese em que a Corte de origem concluiu que "o então Gestor Público Municipal atentou contra os princípios da administração pública, com violação da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, desviando a finalidade de sua atuação para satisfazer sentimento pessoal alheio à ética e à moral (...)". 4. Descabe ao Superior Tribunal de Justiça iniciar juízo valorativo a fim de desconstituir a conclusão alcançada pela instância de origem, pois, para isso, seria necessário o exame do contexto fático-probatório dos autos, o que não se admite nesta estreita via recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 5. No mais, cabe esclarecer, quanto ao artigo 11 da Lei 8.429/1992, que a jurisprudência do STJ, com relação ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em regra, independe da ocorrência de dano ou lesão ao Erário. 6. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". 7. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 949.377/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/04/2017)

*De acordo com o artigo 300, do Código de Processo Civil (CPC), a tutela de urgência será concedida quando, **concomitantemente**, houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano** ou o **risco ao resultado útil do processo**.*

*A **probabilidade do direito** traduz-se pela possibilidade de o juízo, com as provas trazidas com a inicial, acolher o pedido da parte autora em uma posterior sentença que julgará o mérito, após a cognição exauriente e o alcançamento da certeza do direito postulado, pois tal prova inequívoca seria de difícil desconstituição por parte do réu.*

Quanto a esse requisito, é oportuno trazer à colação o ensinamento de saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albino Zavascki, verbis:

*"Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrições a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação de tutela, que haja (a)prova inequívoca e (b)verossimilhança da alegação. O fumus boni iuris deverá estar especialmente qualificado: **exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos.** Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), **a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos**". (in"Antecipação da Tutela", págs. 75/76, Ed. Saraiva, 1999,2ª edição) (grifei).*

A suspensão liminar do ato impugnado por meio de ação popular é possível, nos termos do § 4º do artigo 5º da Lei nº 4.717/1965. Para tanto, há que restar demonstrada a presença de elementos acima apontados, de acordo com o mencionado artigo 300 do Código de Processo Civil, aplicável à espécie de acordo com o art. 7º do supracitado diploma legal.

A Lei nº 12.711/2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências, estabelece:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita .

Art. 2º (VETADO).

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

*Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE. **(Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)***

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Art. 4º As instituições federais de ensino técnico de nível médio reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso em cada curso, por turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita .

Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

*Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE. **(Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)***

Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no caput deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escola pública.

Art. 6º O Ministério da Educação e a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, serão responsáveis pelo acompanhamento e avaliação do programa de que trata esta Lei, ouvida a Fundação Nacional do Índio (Funai).

Art. 7º O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior.

Art. 7º No prazo de dez anos a contar da data de publicação desta Lei, será promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem

como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

Art. 8º As instituições de que trata o art. 1º desta Lei deverão implementar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da reserva de vagas prevista nesta Lei, a cada ano, e terão o prazo máximo de 4 (quatro) anos, a partir da data de sua publicação, para o cumprimento integral do disposto nesta Lei.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Com efeito e conforme afirmado na inicial, numa análise perfunctória, própria deste momento processual, é possível concluir que o ato impugnado viola os princípios da legalidade administrativa, da reserva de lei e o disposto na Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, uma vez que cria hipótese não prevista em lei, qual seja, a de cotas para estudantes transgênero e, por consequência, suprime vagas de livre disputa.

Importante referir que, em que pese este Juízo valorize o contraditório prévio, face à urgência na apreciação do pedido, tendo em vista a data fixada para a divulgação da convocação e lista de aprovados transgênero será na data de 28 de fevereiro de 2023, e considerando, ainda, ser possível vislumbrar, de plano, a verossimilhança do direito autoral, dispensa-se, excepcionalmente, a manifestação prévia da parte adversa.

Assinale-se, outrossim, que a medida almejada é reversível, mediante a retomada da validade do ato em questão, em momento posterior, sem relevante prejuízo ao ente público, se a decisão for reconsiderada.

*Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido antecipatório, a fim de **suspender** os efeitos da RESOLUÇÃO CONSUN/FURG n.º 11 e do EDITAL DO PROCESSO SELETIVO 2023 ESPECÍFICO PARA INGRESSO DE ESTUDANTES TRANSGÊNERO, até nova deliberação do Juízo.*

Intimem-se, sendo a ré em regime de urgência para imediato cumprimento.

Cite-se.

Vindo aos autos a contestação, intime-se a parte autora nos termos do art. 350 do Código de Processo Civil.

Após, intimem-se as partes para que especifiquem, justificadamente, no prazo de 5 (cinco) dias, as provas que pretendem produzir.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Nada mais sendo requerido, venham os autos conclusos para sentença, nos termos do art. 355, inciso I do CPC.

Cumpra-se.

Sustenta o agravante, preliminarmente, a inadequação da via eleita pelos agravados. Aduz que, nos termos do art. 5º, LXXIII da Constituição Federal e da Lei 4.717/65, o objeto da ação popular é ato

ilegal e lesivo ao patrimônio público; sendo necessária a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade e não cabendo, portanto, ação popular contra ato normativo geral e abstrato.

No mérito, sustenta a constitucionalidade da cota para pessoas trans instituída pela Universidade, representando *"ação afirmativa legítima e consonante com os princípios fundamentais do Estado brasileiro, que busca prestigiar o princípio da isonomia material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, bem como visa materializar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e erradicar a marginalização desta população (art. 3º, III, da CF) construindo uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF)"*. Assevera que a Lei 12.711/2021 não foi taxativa ao estabelecer o regime de cotas, tendo o Decreto 7.824/2012, ao regulamentá-la, preservado o princípio da autonomia universitária, possibilitando a criação de outras ações afirmativas (art. 5º, § 3º).

Afirma que as universidades federais têm autonomia para elaborar suas próprias normas internas, não se admitindo interferência judicial na esfera da autonomia administrativa como pretende a parte autora/agravada. Discorre, ainda, sobre a importância do tratamento jurídico igualitário e digno à população trans, proveniente de tratados de direitos humanos, seja no plano nacional ou internacional, com os quais o Brasil se comprometeu.

Aduz inexistir probabilidade do direito alegado pela parte autora e que a manutenção da decisão agravada origina "dano inverso", uma vez que possui efeito satisfativo e causador de tumulto administrativo, impedindo que alunos aprovados na cota sejam convocados e devidamente matriculados para iniciar suas aulas em momento oportuno.

Requer, em sede de liminar recursal, sejam suspensos os efeitos da decisão agravada, bem como extinta a ação popular sem julgamento do mérito, por força do art. 485, VI do CPC; e, ao final, seja integralmente reformada.

Brevemente relatado, decidido.

Nos termos do artigo 1.019, I, do CPC/2015, recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do artigo 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias, poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.

Sobre a tutela de urgência, dispõe o Código de Processo Civil que:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

De início, afirma-se a adequação da via eleita.

Como se sabe, a ação popular tem como escopo anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, além da moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural.

Segundo os termos da inicial, os autores populares se insurgem contra previsão administrativa com o objetivo de proteger o exercício do poder administrativo mediante a observância do princípio da legalidade (envolvendo vício de competência, legalidade administrativa estrita e reserva de lei), não se vislumbrando, ao menos neste momento processual, hipótese de manejo processual que vise à perseguição de interesse ou benefício pessoal.

O provimento judicial requerido é a anulação da resolução e do edital referidos, carga sentencial expressamente indicada na previsão constitucional e legal ("...propor ação popular que vise a anular ato lesivo..." - CF/88, art. 5º, LXXIII; art. 1º da Lei n. 4.717/1965), situação que não configura ajuizamento de ação objetivando o cumprimento de obrigação de fazer ou de não-fazer, seja por se tratar de objetos distintos, seja porque a prática de atos materiais decorrentes de eventual sentença anulatória não define nem determina a natureza do direito discutido e do provimento judicial perseguido (por exemplo, a consequência material de republicar edital com o expurgo de itens

invalidados judicialmente não transmuda ação anulatória de disposição administrativa nula em ação de cumprimento de obrigação de fazer ou de não-fazer inadimplida).

Diante de tais premissas, pode-se enquadrar o objeto da presente demanda na previsão da proteção da moralidade administrativa, cuja lesão, em tese, está contemplada dentre as hipóteses de cabimento da ação popular ("...anular ato lesivo [...] à moralidade administrativa..." - CF/88, art. 5º, LXXIII), segundo o entendimento de que "...para cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam da Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material da entidade pública, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico." (RE nº 170.768, Relator Ministro Ilmar Galvão).

Tal conclusão foi expressamente reafirmada em julgamento recente do Supremo Tribunal Federal na REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 824.781/MT. (Tema n. 836); destaque da ementa:

1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico. 3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência.

Com efeito, quanto à compreensão jurídica da legalidade e da moralidade administrativa, a doutrina abalizada (por todos, ver Cláudio Ari Mello, "Fragmentos teóricos sobre moralidade administrativa", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 235: 93-116, Jan./Mar 2004; José Guilherme Giacomuzzi, *A moralidade administrativa e a boa-fé na administração pública*, São Paulo: Malheiros, 2002) pergunta-se: a moralidade administrativa designa conteúdo ínsito à legalidade e sua observância, adequadamente compreendida? Ou se pode afirmar a distinção entre tais conceitos e previsões normativas? Não obstante a solução que se adote e sem tomar partido por esse ou aquele posicionamento teórico, o que importa é salientar que, numa ou noutra alternativa, o que está em causa é o exame da dita "legalidade substancial ou interna" do ato administrativo, para o que auxilia o contido no artigo 2º da Lei n. 4.717/1965, ao cominar de nulidade atos viciados por, de dentre outras hipóteses, incompetência, inexistência dos motivos e ilegalidade do objeto, defeitos esses ventilados na inicial da ação popular.

Antes de avançar no exame liminar do mérito recursal,

afasta-se, sem prejuízo de ulterior análise colegiada, a invocação de inadequação do meio processual, por configurar sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade ou investida contra ato normativo geral e abstrato.

Os autores populares, substitutos processuais da coletividade, voltam-se não contra norma abstrata de conduta, mas sim contra regulação administrativa instituidora de programa de ação afirmativa, que estabelece não só as condições para acesso à instituição de ensino, como também que importa efeitos concretos na composição do quadro de vagas disponível ao público, decorrente do emprego de modalidades de acesso universal e reservado, e, particularmente no que interessa a este feito, de processo seletivo específico destinado a pessoas transgêneros.

Neste sentido, em situação semelhante:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. SERVIDORES QUE SE ENCONTRAM NO CARGO HÁ 10 (DEZ ANOS). SITUAÇÃO CONSOLIDADA NO TEMPO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Limitando-se as impetrantes a pleitear a anulação de concurso público, sem demonstrar o proveito direto que obteriam na hipótese de concessão da segurança, não há falar em direito subjetivo líquido e certo a ser protegido na via mandamental. Hipótese em que cabível a propositura de ação popular, adequada à defesa de interesses de natureza impessoal, pertencente à coletividade, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e da Súmula 101/STF.

Precedentes.

2. A condição em que se encontra o recorrente, bem como os demais aprovados no concurso público, nos termos do edital, em exercício desde 1996, consolidou-se ao longo do tempo, devendo ser preservada, em observância aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 474.979/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 5/9/2006, DJ de 25/9/2006, p. 298.)

Por fim, antes de examinar o mérito do recurso, rejeito a alegação, formulada em petição (ev. 2) interposta logo após o aforamento deste agravo de instrumento, segundo a qual o recurso não aponta nenhuma ilegalidade na decisão recorrida. Com efeito, as razões recursais registram argumentação pertinente ao litígio, cujo conteúdo vai de encontro às conclusões apresentadas no ato recorrido, a saber: a par das considerações processuais, sustenta-se que a medida administrativa guerreada tem guarida constitucional e legal suficiente, não se verificando, portanto, violação da legalidade administrativa, da reserva de lei e da Lei n. 12.711/2012.

Ultrapassadas as questões suscitadas preliminarmente, passo ao exame do mérito do pedido recursal nos limites da provisoriedade que antecede o julgamento definitivo do agravo.

Como relatado, a decisão recorrida defere o pedido liminar deduzido na origem, acolhendo, fundamentalmente, a argumentação desenvolvida na inicial. De fato, o juízo recorrido, logo após sumariar o contido na petição inicial e transcrever o texto da Lei n. 12.711/2012, aduziu:

Com efeito e conforme afirmado na inicial, numa análise perfunctória, própria deste momento processual, é possível concluir que o ato impugnado viola os princípios da legalidade administrativa, da reserva de lei e o disposto na Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012, uma vez que cria hipótese não prevista em lei, qual seja, a de cotas para estudantes transgênero e, por consequência, suprime vagas de livre disputa.

Com a vênua do juízo recorrido, tendo presente a compreensão contemporânea do direito de igualdade e de seu conteúdo antidiscriminatório no direito brasileiro, de modo geral, e, em particular, quanto às medidas de ação afirmativa (âmbito jurídico e administrativo em que se inserem as disputadas RESOLUÇÃO CONSUN/FURG n.º 11 e o EDITAL DO PROCESSO SELETIVO 2023 ESPECÍFICO PARA INGRESSO DE ESTUDANTES TRANSGÊNERO), *vislumbra-se intensa probabilidade do direito* veiculado nas razões recursais.

Com efeito, tanto neste tribunal, quanto no Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade e a legalidade de ações afirmativas instituídas no sistema universitário, mesmo antes do advento da Lei n. 12.711/2012, é matéria pacificada.

É o que se extrai do julgamento unânime da ADPF n. 186, realizado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 26/04/2012, assim ementada:

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para

corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.

Neste tribunal regional, a constitucionalidade e a legalidade das ações afirmativas, mesmo antes da edição da referida Lei n. 12.711/2012, mereceu exame em inúmeros julgados; por economia, transcrevo da APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO N° 2009.72.00.001141-0/SC, tomada de modo exemplificativo de tantos precedentes, parte da fundamentação pertinente, bem como à consideração da proporcionalidade da medida:

V.2.2. Inexistência de base legal para a instituição das medidas

A alegação de ilegalidade na adoção de programas de ações afirmativas nas universidades públicas brasileiras foi expressamente rejeitada em precedentes deste Tribunal. Para evitar tautologia, transcrevo a fundamentação exarada no Processo n° 2008.72.00.001877-0/SC (relatora Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria):

"A alegação de que não existe base legal, no ordenamento pátrio, é equivocada. É que desde o Primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos, elaborado no governo Fernando Henrique Cardoso, por meio do Decreto n° 1.904/1996, a questão das políticas afirmativas já estava incluída, restando, reafirmada pelo governo brasileiro, quando

participou da Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata, realizada em Durban (3108 a 08-09-2001). A Declaração de Durban, de 2001, da qual o Brasil foi um dos signatários, reconheceu, no texto final (disponível no site <http://www.mulheresnegras.org/doc/Declafinal.pdf>) que o combate ao racismo é "responsabilidade primordial dos Estados" (parágrafo 99), instando os governos a adotar inclusive "programas de ações afirmativas ou medidas de ação positivas, para promoverem o acesso de indivíduos que são ou podem ser vir a ser vítimas de discriminação racial nos serviços sociais básicos, incluindo ensino fundamental" (parágrafo 100) e tomar medidas que capacitem estudantes "independente de raça, cor, descendência, origem étnica ou nacional" a frequentarem "instituições de ensino superior" (parágrafo 123, item "g"), além de assegurar ambiente escolar seguro e livre de racismo (parágrafo 123, item "f"). Esta endossou, nos parágrafos 107 e 108, a importância de os Estados adotarem ações afirmativas para aqueles que foram vítimas de discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância correlata.

Não sendo nova, pois, a questão, ela se encontra internamente incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, desde que o Decreto nº 65.810, de 08-12-1969, internalizou a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, que previu, no art. 1º, parágrafo 4º, a adoção de "discriminação positiva", no sentido de que medidas especiais sejam

"tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos".

O marco normativo, pois, do conceito de "discriminação" está balizado pelos parâmetros fixados naquela Convenção Internacional.

Não é demais lembrar que o STF tem se inclinado no sentido de rever o antigo posicionamento que entendia pela paridade entre tratados internacionais e legislação ordinária. Dentro desta tendência, o STF deve adotar ou a posicionamento de conferir aos tratados internacionais uma hierarquia de supralegalidade em relação à legislação nacional, posição defendida pelo Min. Gilmar Mendes, ou a orientação de que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, em momento anterior à promulgação da Constituição, revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidos, nesta condição, por força do § 2º do art. 5º da Constituição, posição defendida pelo Min. Celso de Mello.

Em se adotando este último posicionamento, maior reforço argumentativo a favor da constitucionalidade das ações afirmativas: isto implica dizer que todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e compõem, pois, o bloco de constitucionalidade, de forma que, por um lado, ampliam o núcleo mínimo de direitos e garantias constitucionalmente consagrados, adicionando novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se nelas estivessem escritos, e, por outro lado, constituem o próprio parâmetro de controle de constitucionalidade, agora alargado, com os princípios implícitos. Esta é lição que se colhe

de Canotilho (Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 921): "há que se densificar, em profundidade, as normas e princípios da Constituição, alargando o "bloco de constitucionalidade" a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas." E que, na doutrina brasileira, vem representada por Valerio de Oliveira Mazzuoli (Curso de Direito Internacional Público. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 694-695) e Flavia Piovesan (Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7174 e também o material disponível no site da Escola da Magistratura deste TRF-EMAGIS, em http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_f_lavia_piovesan.pdf, especialmente p. 30-32). E já afirmada em jurisprudência do STF para outras situações (ADIN 595-ES, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo nº 258/STF).

Ao contrário, pois, do alegado, o Brasil poderia responder, no plano internacional, justamente por não estabelecer, na prática, a realização de "ações afirmativas" com as quais já se comprometera mais de trinta anos, ainda mais quando, desde o Decreto nº 4.738, de 12-06-2003, em seu art. 1º, reconheceu a competência do "Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos" conforme previsto no art. 14 da Convenção Internacional supracitada.

Com mais razão, ainda, quando, como no caso da UFRGS e da UFPR, bem como de várias outras universidades, fica estabelecida duração e verificação periódica dos resultados na aplicação do sistema de cotas. Não se estabeleceu, pois, uma regra a vigorar indefinidamente, sem qualquer análise de sua eficácia.

O Congresso Nacional discutiu e aprovou o projeto que resultou na Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001- sancionada, portanto, pelo Presidente da República, que instituindo o Plano Nacional de Educação, com duração de dez anos (art. 1º) e avaliações periódicas, a partir do quarto ano, com "vistas à correção de deficiências e distorções" (art. 3º, § 2º), inseriu, entre seus objetivos e metas (item 4.3 do referido plano), "criar políticas que facilitem às minorias, vítimas de discriminação, o acesso à educação superior, através de programas de compensação de deficiências de sua formação escolar anterior, permitindo-lhes, desta forma, competir em igualdade de condições nos processos de seleção e admissão a esse nível de ensino". Metas, pois, estabelecidas, inicialmente, para um período de dez anos.

Relembro, ainda, que o Presidente da República editou a MP nº 63/2002 que, submetida à apreciação do Congresso Nacional, foi transformada na Lei nº 10.558, de 13-11-2002, estabelecendo o "Programa Diversidade na Universidade", com a finalidade de "implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente aos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros" (art. 1º). Trata-se, pois, de um programa fomentado pelo Ministério da Educação, com transferência de recursos a entidades de direito público ou privado (art. 2º). Ademais, o Congresso Nacional aprovou o projeto de conversão em lei da MP nº 111/2003, que criou a "Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial" (Lei nº 10.678/2003) para "formulação, coordenação e avaliação das

políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos raciais e étnicos, com ênfase na população negra, afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância" (art. 2º da Lei nº 10.678/2003). Não é possível, pois, que o Executivo esteja autorizado a "implementar" as políticas, com anuência do Poder Legislativo, e se entenda a falta de base legal para qualquer aplicação de política afirmativa.

*Ademais, o Decreto nº 4.228, de 13-05-2002, instituiu o Programa Nacional de **Ações Afirmativas**, para promover "os princípios da diversidade e pluralismo no preenchimento de cargos da administração e na contratação de serviços por órgãos do governo", prevendo metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência. O Ministério do Desenvolvimento Agrário, já em 2001, por meio das Portarias nº 202 e 224, lançara programa semelhante, para os cargos comissionados, destinando 20% das vagas para negros, 20% para mulheres e 5% para portadores de necessidades especiais, no que foi seguido pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 1.156/2001, e pelo Ministério da Cultura, por meio da Portaria nº 484, de 22-08-2002. O STF também, pioneiramente, em 2001, estabeleceu critérios de **ações afirmativas** para contratação para prestação de serviços na área de jornalismo, estabelecendo a obrigação da contratada de "recrutar e selecionar os profissionais que serão alocados para a prestação de serviços, encaminhando-os para avaliação do contratante, se necessário, observado o limite mínimo de 20% para negros e negras"; e o Instituto Rio Branco destina bolsas de estudo para afrodescendentes em cursos preparatórios para a carreira de diplomata.*

A alegação de que a questão já teria sido decidida pela STF na SL 60/SP, rel. Min. Nelson Jobim, não tem aplicabilidade ao caso. Naquela suspensão de segurança, cassou-se decisão judicial que impunha à autarquia estadual "obrigação não prevista em lei", Ao contrário do caso presente, pretendia-se, por meio de ação civil pública, estabelecer a obrigatoriedade de 30% das vagas para egressos do ensino público, nos anos de 2004 a 2010, interferindo o Judiciário "na condução pelo Estado de políticas públicas para a educação". Aqui, a lei faculta às universidades, "sponte propria", dentro do âmbito de sua autonomia, estabelecer políticas de ação afirmativa em seus vestibulares. Se a lei, contudo, determinasse a obrigatoriedade, seria outra hipótese. No caso apresentado ao STF, queria-se obrigar a universidade, sem existência de lei neste sentido."

V.2.3. Desbordamento da autonomia universitária na instituição das ações afirmativas

A autonomia universitária é o "poder de autogestão e autonormação parcial, vinculado aos fins e interesses específicos da instituição universitária (a saber, a realização do ensino, da pesquisa e da extensão), derivado diretamente da Constituição e somente por ela delimitado (e de alcance, em princípio, máximo), dirigido primariamente à comunidade universitária e oponível à lei que extrapole a autorização constitucional de limitação das prerrogativas universitárias" (Anita Lapa Borges Sampaio, Autonomia universitária: um modelo de interpretação e aplicação do art. 207 da Constituição Federal. Brasília: Ed. UnB, 1998, p. 230).

Historicamente deduzida pelo STF, no direito brasileiro, da liberdade de cátedra (Roger Raupp Rios, Entre a Cruz e a Espada: autonomia

das universidades confessionais e a liberdade de cátedra na Constituição da República de 1988. Entre a dúvida e o dogma: liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil. Brasília/Porto Alegre: Letras Livres/Livraria do Advogado, 2006, p. 139), a autonomia universitária alcança o poder de a instituição superior definir critérios e requisitos de admissão e de seleção para as vagas que oferece.

Quanto a este ponto, valho-me também da fundamentação desenvolvida no precedente citado no item anterior:

"Sustenta-se, também, que as políticas afirmativas não encontram respaldo na autonomia universitária. A jurisprudência deste Tribunal tem se orientado no sentido de que é possível, como decorrência da autonomia universitária, prevista no art. 207, V, da Constituição, o estabelecimento de sistema de cotas. Ainda que autonomia não se confunda com soberania, é fato que a previsão se encontra consentânea com a legislação infraconstitucional e constitucional. Não é demais lembrar que a LDB- Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) estabelece, em seu art. 53, que a autonomia tem como parâmetros "as normas gerais da União" e do "respectivo sistema de ensino" (inciso I) ou mesmo "fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio" (inciso IV), sendo certo que cabe aos colegiados de ensino decidir sobre "ampliação e diminuição de vagas" (art. 53, § único, II). Relembre-se que, recentemente, a PUC/RS reduziu o número de vagas para residência médica, o que incorreu em protestos da AMRIGS, sem que isto tenha gerado, até o presente momento, qualquer contestação judicial, conforme se verifica do site da associação (www.amrigs.com.br). Ora, podendo reduzir ou mesmo ampliar as vagas, "dentro dos recursos orçamentários disponíveis" não há impedimento legal para o exercício da autonomia no tocante à fixação de cotas. Ademais, cabe à União, constitucionalmente, o financiamento das instituições públicas e o exercício, "em matéria educacional, de função redistributiva e supletiva" (art. 211, §1º, CF).

Não é demais observar, também, que inexistente um sistema único de ações afirmativas implantado nas universidades, destoando os critérios nas 20 universidades federais e 19 estaduais que adotaram tal política. A título de exemplo, a UFBA fixou, desde 2002, 43% para egressos do ensino médio da rede pública, sendo destas 85% para pardos e negros. A UNEB, por sua vez, 40% para afrodescendentes. A UNICAMP fixou pontuação extra para egressos de ensino público (30 pontos), além de pontos para negros (10 pontos). Isto tudo a indicar, pois, a plena autonomia universitária, e a impossibilidade de estabelecimento de um modelo único, em desacordo com as situações histórico-culturais de cada universidade ou região do país. Todas elas fixadas como políticas temporárias e sujeitas a reavaliação periódica dos seus efeitos."

V.2.4. inobservância da proporcionalidade quanto aos meios e ao percentual reservado

Tomo emprestada, uma vez mais, a fundamentação exarada no precedente acima citado para refutar a alegação de que as ações afirmativas instituídas pelo sistema de reserva de vagas nas universidades brasileiras seriam inconstitucionais, por desproporcionais:

"Eventual contraposição do sistema de "inclusão social" ao princípio da proporcionalidade deve ter em conta que este alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais e serve para resolver conflitos pela "ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos" (voto do Min. Gilmar Mendes no HC 82.424/RS).

Konrad Hesse já destacava tal questão, ao salientar que a concordância prática exige que "bens jurídicos protegidos juridicoconstitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade" (Hesse, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 66). Desta forma, onde nascem colisões, "não deve, em "ponderação de bens" precipitada ou até "ponderação de valor" abstrata, um ser realizado à custa do outro" (ibidem). Antes pelo contrário: "o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar a eficácia ótima". Os limites traçados, pois, devem ser proporcionais, não podendo ir além "do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos" (op. cit., p. 67).

Aplica-se tal princípio, na lição de Canotilho (op. cit., p. 272), a todas as espécies de atos dos poderes públicos, vinculando legislador, administração e o judiciário, observando-se, contudo, que o controle judicial baseado no princípio da proporcionalidade "não tem extensão e intensidade semelhantes consoante se trate de actos legislativos, de actos da administração e actos da jurisdição" (op.cit., p. 272).

Isto significa, pois, que ao legislador e certas entidades com competência regulamentar é reconhecido um "considerável espaço de conformação" na "ponderação dos bens quando edita uma nova regulação", liberdade esta de importância fundamental para a análise da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido estrito. Duas conseqüências, portanto: a) perante o espaço de conformação do legislador, o judiciário se limita a examinar se a regulação é manifestamente inadequada ou se existe um erro manifesto de apreciação por parte do legislador (op. cit., p. 272); b) o princípio da proporcionalidade não pode ser invocado "per se", mas sempre com "referência a posições jurídicas concretas".

O chamado "princípio da proporcionalidade" desdobra-se na análise de: a) adequação dos meios, no sentido de que a medida seja apropriada à prossecução do fim ou dos fins subjacentes; b) exigibilidade ou da necessidade, no sentido de que o "cidadão tem direito à menor desvantagem possível" (op. cit., p. 270), desde que não ponha em crise, na maior parte dos casos, a adoção da medida, mas sim "a necessidade relativa, ou seja, se o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos"(idem, ibidem); c) proporcionalidade em sentido estrito, com o objetivo de avaliar se "o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim", pesando "as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins".

No que diz respeito à adequação, Humberto Ávila (Teoria dos princípios. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006) salienta que: a) a "Administração e o legislador não tem o dever de escolher o mais

intenso, o melhor e o mais seguro meio para atingir o fim", mas sim o "dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim" (p. 166); b) a adequação deve ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público e não em momento posterior, quando esta escolha é avaliada pelo julgador (p. 168); c) tendo em vista a "separação de poderes" constitucionalmente prevista, o exame da adequação só resulta na invalidade da medida adotada pelo Poder Públicos "nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta" (p. 170), prevalecendo, em caso contrário, a opção encontrada pela autoridade competente. A anulação por inadequação só prevalece se esta for evidente e não for, de qualquer modo, justificável.

Neste sentido, lembra Daniel Sarmiento (Livres e iguais; estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 165), não seria adequada uma "política de ação afirmativa que reservasse vagas para afrodescendentes em times de futebol, pois eles já estão muito bem representados nesta seara, e a medida, ao invés de combater estereótipos, acabaria por reforçá-los".

Relativamente ao exame da necessidade, importante observar: a) a verificação de meio menos restritivo deve indicar o meio mais suave, em geral e nos casos evidentes, mas relativamente aos direitos fundamentais colaterais, "para a média dos casos"(p. 171); b) se fosse permitido ao Poder Judiciário anular a escolha do meio porque ele, "em algum aspecto e sob alguma perspectiva, não promove o fim da mesma forma que outros hipoteticamente aventados, a rigor nenhum meio resistiria ao controle de necessidade, pois sempre é possível imaginar, indutiva e probabilisticamente, algum meio que promova, em algum aspecto e em alguma medida, melhor o fim do que aquele inicialmente adotado" (p. 171). Nesse sentido, "deve-se respeitar a escolha da autoridade competente, afastando-se o meio se for manifestamente menos adequado que outro. Os princípios da legalidade e da separação dos Estados o exigem"(p. 171).

Nesta análise, pois, seria necessário verificar a eventual existência de "alguma outra medida alternativa que repercuta da mesma maneira sobre a igualdade material dos afrodescendentes, fortaleça sua identidade e promova o pluralismo, mas que prejudique, em menor intensidade, outros bens jurídicos relevantes" (SARMENTO, op. cit. , p. 165), o que não tem sido atingido pela utilização, pura e simples, das chamadas "políticas universalistas". Frise-se, ainda, que o juízo de proporcionalidade, aqui, exige que sempre se busquem, "para alcançar os benefícios gerais necessários, as alternativas menos onerosas do ponto de vista do dever de superar a situação de subordinação do grupo desvantajado". Não havendo esta alternativa, necessário verificar "se o propalado benefício geral é mais importante para a sociedade do que a superação da situação da subordinação" (RAUPP RIOS, O princípio da igualdade..., p. 36). Dentro da exegese que se já fez em relação ao discrimen "raça" e o princípio da igualdade, não se pode afirmar a não-prevalência da superação da situação de subordinação combatida pelo sistema de políticas afirmativas.

Por fim, no que tange ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, exige a "comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais", de forma a responder às perguntas (fl. 173): a) se o grau de importância de promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos

fundamentais; b) se as vantagens pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio; c) se a "valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada".

*As alegações, pois, de que eventual política de **ações afirmativas** não têm o condão de, por si só, resolver a questão do acesso ao ensino superior, sendo necessárias outras medidas governamentais, tais como criação de mais vagas nas universidades, melhoria da qualidade de ensino público médio e fundamental, utilização de critérios apenas de renda (e não étnico-raciais) esbarram justamente na tentativa de considerar que ao Administrador somente cabe a escolha do meio mais seguro, melhor e mais intenso e, por via transversa, decidir o Poder Judiciário a forma como as políticas públicas devem ser executadas.*

Com isto se olvida, contudo, que as metas para a educação infantil, ensino fundamental, ensino médio, ensino superior, educação de jovens e adultos, educação à distância, educação tecnológica, educação especial e educação indígena - pois, um amplo programa de ação- estão previstas e detalhadas na Lei nº 10.172/2001 e, portanto, submetidas à discussão pública e política pelo Poder Legislativo, no uso de suas atribuições constitucionais, a ser implementadas pelo Poder Executivo, com as correções de rumo e de deficiências que o primeiro entender cabíveis, nos termos dos arts. 1º e 3º, § 2º. Interferência, pois, do Poder Judiciário entendendo quais devem ser as políticas a serem adotadas, além de não terem amparo constitucional, usurpam a competência atribuída aos demais Poderes, em ilegítima substituição.

Recorde-se, ainda, que no julgamento do referido habeas corpus sobre crime de racismo, em que se analisava a colisão da restrição à liberdade de locomoção com a liberdade de imprensa, o Min. Gilmar Mendes entendeu pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ao fundamento de, naquele caso, a condenação do paciente pelo crime de racismo- e, portanto, com pena de reclusão e dotado de características de ser inafiançável e imprescritível alcançava o fim almejado - "a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância" e a proteção à dignidade da pessoa humana.

Parece, pois, que eventual declaração de inconstitucionalidade por violação ao princípio da proporcionalidade deveria demonstrar que as premissas de instituição de critérios de "inclusão social" ampliação do acesso aos cursos universitários para estudantes de ensino público e autodeclarados negros, promover diversidade étnico-racial no ambiente universitário, apoiar corpo docente e discente que promova educação de relações étnico-raciais - não são critérios adequados, necessários e proporcionais para os fins constitucionais de repúdio ao racismo (art. 4º, VII e art. 5ª, XLII), redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), pluralismo de idéias (art. 206, III), garantia de padrão de qualidade do ensino (art. 206, VII), defesa e valorização da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216), valorização da diversidade étnica e cultural (art. 215, §3º, V) e promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça e cor e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Não é demais lembrar que eventual impugnação total do sistema de cotas por alegada violação ao princípio da proporcionalidade, redundaria, a pretexto de não ser esta a forma mais adequada,

necessária ou proporcional, na exclusão, do mundo jurídico, justamente de uma proposta com vistas à consecução dos objetivos propostos. Poderia importar, pois, justamente na violação ao princípio da proporcionalidade visto não pelo seu aspecto mais conhecido- "proibição de excesso"- mas sim no de "proibição de insuficiência", quando as entidades sobre quem "recai um dever de proteção" adotam "medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais" (CANOTILHO, op. cit., p. 273). Neste sentido, o Min. Marco Aurelio já afirmara que "toda e qualquer lei que tenha por objetivo a concretude da Constituição não pode ser acusada de ser inconstitucional. Entendimento diferente resulta em subestimar ditames maiores da Carta da República, que agasalha amostragem de ação afirmativa" (MELLO, op. cit., p. 163).

No que diz respeito à alegação de que os percentuais, por violação ao princípio da proporcionalidade, deveriam ser reduzidos, tampouco procedem os argumentos. Para desqualificar, pois, os percentuais estabelecidos pelas Universidades não bastaria apenas entender que são demasiado altos, mas analisar as razões apresentadas pelas universidades, o programa estabelecido e a própria diversidade social do Estado federativo em questão, que pode exigir um percentual maior ou menor em relação a outros Estados brasileiros (neste sentido: SARMENTO, op. cit., p. 165), dentro do princípio do pluralismo, reconhecido pelo STF (ADIN 3510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto)."

Examinada a argumentação recursal quanto à legitimidade constitucional e legal das medidas de ação afirmativa, faz-se necessário considerar a inclusão de pessoas transgêneras dentre os destinatários de ações afirmativas.

Também em juízo liminar, conclui-se pela legitimidade da medida. Seja pelas razões já aludidas logo acima (veja-se que o arcabouço constitucional, legal e regulamentar referido contempla não só pessoas negras, pessoas com deficiência e mulheres, de modo expresso, como também não se omite em face de outras "pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos"), seja pela proteção jurídico constitucional a que fazem jus indivíduos e grupos discriminados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero, como tantas vezes decidido no ordenamento jurídico nacional, interamericano e universal (limito-me, em juízo liminar, a referir o repertório de decisões publicadas pelo Supremo Tribunal Federal, "Direito das pessoas LGBTQIAP+ . Brasília : STF : CNJ, 2022. eBook (138 p.) – (Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: concretizando direitos humanos) Composto de decisões do Plenário do STF julgadas no período compreendido entre 3/12/2008 e o ano de 2021."), reconhecimento que qualifica as pessoas transgêneros dentre os destinatários das ações afirmativas, diante de sua experiência histórica pretérita e atual dentre os "grupos socialmente desfavorecidos".

Por fim, apresenta-se também o *requisito da urgência*: o perigo de dano ou ao resultado útil da tutela recursal decorrem, acaso postergada a atuação judicial, dos efeitos que o tempo exige para o

processamento e tomada de decisão da ação judicial e de seus respectivos recursos, interregno durante o qual a regularidade dos trâmites administrativos universitários e o consequente acesso à educação superior ficará obstado, produzindo danos sociais e individuais de monta, agravados sobretudo pela intensidade da discriminação experimentada por parte dos destinatários da medida.

Ante o exposto, afastando a preliminar de extinção do feito, defiro em parte o pedido de liminar, para atribuir efeito suspensivo ao recurso.

Comunique-se com urgência ao juízo recorrido.

Intimem-se, sendo a parte recorrida para contrarrazões e o Ministério Público Federal para manifestação.

Documento eletrônico assinado por **ROGER RAUPP RIOS, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40003769462v59** e do código CRC **5ed5f76c**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ROGER RAUPP RIOS Data
e Hora: 3/3/2023, às 18:2:1

5006790-57.2023.4.04.0000

40003769462.V59